PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR EROS GRAU

Coordenador:
Felipe Martins Pinto

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR EROS GRAU

2ª Tiragem

EDITORA INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS
2020

Copyright© 2020

EDITORA INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS
Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida,
sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão,
por escrito, do IAMG.

As ideias e opiniões expressas nos artigos publicados
neste livro são de responsabilidade de seus autores.

Coordenação: Professor Felipe Martins Pinto

Diagramação: AlfStudio

Revisão: Alessandra Valladares

Rua Grão-Pará, 737 – Conj. 301
Telefone (31) 3241-1226 – www.iamg.br
CEP 30150-340 – Belo Horizonte – MG

Impresso no Brasil

P942 Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau / organizador: Felipe Martins Pinto. — Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

xxiv, 492 p. — Inclui bibliografias.

ISBN: 978-65-81289-00-3

1. Processo penal – Brasil 2. Presunção de inocência 3. Prova criminal 4. Pena (Direito), I. Pinto, Felipe Martins II. Título

CDU (1976) 343.1(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

SUMÁRIO

NOTA DO PRESIDENTE
Felipe Martins Pinto.....IX

APRESENTAÇÃO
Hermes Vilchez Guerrero XI

APRESENTAÇÃO DO HOMENAGEADO
Misabel Abreu Machado Derzi XIII

PREFÁCIO
Hélio Gomes Coelho Júnior..... XXI

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PENAL
Alexandre Luiz Alves de Oliveira..... 1

2 AVANÇOS E RETROCESSOS DO STF NOS 30 ANOS DE "NINGUÉM SERÁ CONSIDERADO CULPADO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA" – UMA HOMENAGEM AO MINISTRO EROS GRAU
Alexandre Wunderlich 23

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL
Ari Benedito Junior..... 35

4 OS DESAFETOS DA CONSTITUIÇÃO E A PRESUNÇÃO DE CULPA NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes
Eduardo Bruno Avellar Milhomens..... 47

5 A OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA POR MEIO DA REPRESSÃO DE PRÁTICAS LÍCITAS INDESEJADAS
Carlos Henrique Alvarenga Urquisa Marques 63

6 ADVOGADO: CONTRATAÇÃO – SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
Carlos Mário da Silva Velloso 81

7 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESEJO DE PUNIR, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Caroline Mesquita Antunes 105

8 O PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO JULGADOR
Felipe Martins Pinto e Hebert Soares Leite 121

9 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO PROJETO "ANTICRIME"
Fernando A. N. Galvão da Rocha 139

10 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CRISE EXISTENCIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A LIQUIDEZ DE UM PRINCÍPIO PÉTREO PARA O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO
José de Assis Santiago Neto
Kamilla Faria Mello 163

11 A DIMENSÃO DA INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL: O DIREITO DE SER JULGADO SEM JUÍZOS INCRIMINATÓRIOS ALTERNATIVOS
Leonardo Augusto Marinho Marques 185

12 O STF E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Leonardo Isaac Yarochewsky 197

13 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO PRINCÍPIO ESTRUTURADOR DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO
Lorena Souto Tolentino 209

14 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO À LUZ DO PRECEDENTE FIRMADO PELO STF A PARTIR DO HC Nº 126.292
Lucas Augusto Reis Albuquerque 225

15 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APLICADA AO REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL
Lucas Frederico Viana Azevedo 249

16 A FALTA GRAVE DE PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REPERCUSSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL
Lucas Ribeiro Rodrigues 275

17 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA E SUAS FINALIDADES DELINEADAS
Luciano Santos Lopes
Daniela Barreiros Soares 295

18 A INTERPRETAÇÃO IDEOLÓGICA DO CONTEÚDO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO
Ludmila Corrêa Dutra 317

19- "AS CONSEQUÊNCIAS VÊM SEMPRE DEPOIS": PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SEUS EFEITOS PROCESSUAIS
Marcellus Polastri Lima (in memoriam)
Nestor Eduardo Araruna Santiago
Mário João Ferreira Monte 339

20 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO POR DECISÃO DE 2ª INSTÂNCIA
Marcelo Leonardo 355

21 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA E MATERIAL
Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho
Maurício Antonio Tame 369

22 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *STANDARD* PROBATÓRIO
Paola Alcântara Lima Dumont 385

23 REPERCUSSÕES DOS MODELOS DE AUTORREGULAÇÃO E *COMPLIANCE* SOBRE A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: PROBLEMAS CONCERNENTES À ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL, *DUE DILIGENCE* E APLICAÇÃO PREVENTIVA DE SANÇÕES
Paula Brener 399

24 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PENAL: A SANÇÃO POR FALTA GRAVE ENQUANTO IMPEDITIVO DE INDULTO/COMUTAÇÃO
Paulo Henrique Drummond Monteiro 421

25 A DECISÃO DE PRONÚNCIA CRIMINAL COM BASE EM INDÍCIOS DE AUTORIA SOB A ÓTICA GARANTISTA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Paulo Vitor Valeriano dos Santos 447

26 A DISTORÇÃO DE TEORIAS PENAIS E SEUS EFEITOS RELATIVIZADORES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Rafael Santos Soares 469

NOTA DO PRESIDENTE

O Instituto dos Advogados de Minas Gerais tem por objeto social previsto em seu Estatuto o "aprimoramento da ordem jurídica e a permanente efetivação da justiça e da cultura no meio social", somado ao objetivo de "promover o estudo do Direito e a difusão de conhecimentos jurídicos". Não há solo mais fértil para promovermos e estimularmos debates e ensaios aptos a fomentar o aperfeiçoamento da ciência do Direito e da justiça social.

A Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais foi criada em dezembro de 2018 com a aptidão para se somar a tantos projetos e iniciativas do IAMG de modo a incrementar o registro sistematizado de sua produção científica e cultural.

Em tempos instantâneos de postagens, mensagens e *self's*, precisamos estar permanentemente atentos para que nossos pensamentos não sejam conformados por rótulos os quais terminam por edificar conceitos que ocupam o lugar da verdadeira compreensão.

Nesse contexto, o IAMG oferece a Editora como espaço para fomentar o permanente questionamento, a construção autêntica do saber e o amadurecimento reflexivo de concepções.

Carregamos conosco fagulhas de rebeldia que normalmente permanecem latentes, mas se soubermos nutri-las e guiá-las com sabedoria e compaixão, teremos uma ferramenta de libertação de preconceitos, de intolerâncias, de medos e da ignorância.

A Editora do Instituto dos Advogados de Minas Gerais se propõe a ser um celeiro carregado de lenha e pronto para acolher e reverberar fagulhas de rebeldia.

Como primeira publicação, a Editora lança obra coletiva com o tema *Presunção de Inocência* composta por trabalhos científicos de associados do IAMG, professores e pesquisadores.

O livro presta uma homenagem ao Professor Eros Grau, em cuja trajetória no exercício da judicatura, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, protagonizou relevantes julgamentos sobre o princípio da presunção de inocência, especialmente, no debate sobre a execução provisória da pena.

Primavera de 2019

Felipe Martins Pinto

Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Nascido em 1940, na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Eros Roberto Grau é indubitavelmente um dos maiores juristas vivos do país. Advogado e Professor titular da Universidade de São Paulo, sua alma *mater*, é autor de obras célebres e merecedor das incontáveis premiações e títulos que lhe foram outorgados ao longo dessa trajetória. Ocupou a cadeira de Ministro do Supremo Tribunal entre 2004 e 2010 quando se aposentou. Nesse período, participou de julgamentos notáveis, muitas vezes liderando a Corte com seus posicionamentos consistentes e erudição manifestada em votos e decisões que constituem verdadeiro patrimônio jurídico-literário e deixarão legado para as futuras gerações.

É de sua relatoria um dos julgamentos mais relevantes na história da presunção de inocência no Brasil. Na ação de *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, julgada em 2009, o Ministro Eros Grau, defensor intransigente dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, conduziu o Plenário do Supremo Tribunal Federal à definição acertada da inconstitucionalidade da execução provisória da pena criminal, posicionamento que prevaleceu até 2016 quando foi alterado, passando a Corte a admitir o cumprimento imediato da pena após julgamento em segunda instância. Na ocasião, o Ministro consignou com a assertividade que lhe é peculiar: "Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória."

É por isso que afirmo que não há melhor tema para esta obra em homenagem ao Ministro Eros Roberto Grau.

Nela, a presunção de inocência é abordada em suas múltiplas dimensões: como regra probatória, de tratamento e de julgamento, permeando a fase

instrutória até a execução penal. O material foi, em grande parte, produzido sob a supervisão do Professor Felipe Martins Pinto, por ocasião de disciplina dedicada ao tema ministrada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, contando, ainda, com a contribuição de outros Professores.

O tema é caro aos dias atuais, em que as violações ao preceito constitucional se multiplicam em uma realidade jurídica distorcida, na qual o operador do direito interpreta e adéqua a cláusula pétrea segundo suas concepções ideológicas e opiniões pessoais, sobrepondo sua vontade própria à soberania popular, fazendo do ativismo judiciário brotar a insegurança jurídica e a cultura antidemocrática. Como novamente ensina nosso homenageado "não há possibilidade de manter o Estado Democrático de Direito à margem da legalidade, porque é ela que mantém a democracia".

Num contexto em que os direitos fundamentais inerentes à persecução criminal são deturpados e transformados em privilégios de infratores da lei, parece chegada a hora de demonstrar sua verdadeira essência e resgatar-lhes o valor, conhecido por aqueles que os defenderam ao longo de séculos de injustiças.

Esta obra servirá a todos que, assim como Ministro, mantém a crença de que uma visão humanista e a Justiça social somente são possíveis de serem alcançados com respeito à Constituição e às leis.

Esta apresentação tem um significado especial pela grande vinculação do homenageado com a Faculdade de Direito da UFMG onde proferiu incontáveis palestras, deu muitas aulas e na qual compôs outras tantas Bancas de seu Programa de Doutorado. Tenho certeza que seu Colega de Estudos, Professor Washington Albino Peluso de Souza, ex-diretor desta Faculdade, estaria feliz em ver o reconhecimento que em boa hora o IAMG lhe faz.

Belo Horizonte, outubro de 2019.

Hermes Vilchez Guerrero

Diretor da Faculdade de Direito da UFMG

EROS, O HOMEM QUE ESCOLHEU PASSAR PELA PORTA ESTREITA

> Não julgueis, para que não sejais julgados, porque com o juízo com que julgardes sereis julgados, e com a medida com que tiverdes medido vos hão de medir a vós.
>
> E por que reparais no cisco que está no olho do vosso irmão e não na trave que está no vosso olho?
>
> Ou como direis a vosso irmão: Deixa-me tirar o cisco do teu olho, estando uma trave no vosso?
>
> Hipócritas, tirai primeiro a trave do vosso olho, então, cuidareis em tirar o cisco do olho do vosso irmão.
>
> (...) Entrai pela porta estreita, porque larga é a porta, e espaçoso, o caminho que conduz à perdição, e muitos são os que entram por ela; e porque estreita é a porta, e apertado o caminho que leva à vida, poucos há que a encontrem. (Evangelho de Mateus, 7-1 a 6; 8-13 a 14).

Não raramente, a metáfora da "porta estreita" é invocada por juristas e filósofos do Direito, em alusão ao Estado de Direito.[1] Em crítica a um ditado búlgaro, assim se manifesta *Martin Krygier:*

> (...) diz o ditado búlgaro que o direito é como uma porta no meio de um campo aberto. É claro, você poderia passar pela porta, mas somente um tolo se incomodaria com isso. Onde esse ditado tem ressonância, o Estado de Direito provavelmente não existe. (Cf. Martin Krygier. *The Rule of Law*:

---

[1] Cf. Gerald J. Postema. Law's Rule. Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law. In Bentham's Theory of Law and Public Opinion. Coord. Xrabv Zhai, p. 33; Martin Krygier. The State of the Rule of Law State, Cap. 3, p. 60; Thomas Bustamante. Precedent. IVR Encyclopedia. Heidelberg, Springer, no prelo para 2020, ou em discursos e aulas da pós-graduação da UFMG.

> Legality, Teleology and Sociology, in. G Palombela and N Walker, Re-Locating the Rule of Law. (Oxford: Hart Publhising, 2008, p. 60)

EROS, erudito e culto, esteta e amante das artes e do bom vinho, de poucas peias e correntes, solto no mundo e livre para pensar, escolher, agir e sentir, talvez tenha feito, até agora, apenas o que mais lhe apetecia em todo lugar e a todo o momento. E, simplesmente, seguindo as inclinações de seu espírito, dedicou-se às reflexões científicas, à literatura, à criação no Direito e nas artes, à elaboração articulada e racional de pareceres técnicos. *E, no entanto, embora genial, Eros escolheu passar pela porta estreita.*

Gosto requintado, cidadão do mundo, residência em Tiradentes, a pequena e belíssima cidade mineira, residência em São Paulo e na França, para matar as saudades de sua cidade gaúcha, EROS, homem tão livre e liberto de traves e entraves*, no entanto, escolheu passar pela porta estreita.*

E quem o vê ligado por amarras de ouro à família, aos amigos e aos diletos alunos, saberia logo que a afeição e o amor o alimentam. Mas o homem dos impulsos nobres, tão sensível e sensorial ao mesmo tempo, emotivo, *escolheu passar pela porta estreita. Por que, sendo genial, escolheu passar pela porta estreita?*

Como Relator, no HC 84.078, assim se expressou o Min. Eros Grau*:*

> (...) afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.
>
> (...) Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto...

E após o exame minucioso das leis infraconstitucionais, além dos precedentes da própria Corte, da lavra de *Pertence, Celso de Mello, Peluso* e *Marco Aurélio,* assim continua o Relator:

> (...) A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, Inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'.
>
> (...) Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso implicaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta a violação do princípio da isonomia...

> (...) Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata da pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. *Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição – lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor – apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição*.

A resposta a minha indagação é, portanto, muito fácil e simples: Eros, sendo genial, nada ingênuo ou tolo, *escolheu passar pela porta estreita do Direito, porque essa é a única porta. A do direito.* Não há outra. Não existe outra mais larga e confortável, nem acesso fácil em um campo aberto. Eros nem enxerga o campo aberto como opção, a porta larga do autoritarismo ou do voluntarismo soberbo de sobreposição à Constituição. A única porta para o *homem leal ao Direito, que não seja um desafeto da Constituição, na expressão de Geraldo Ataliba, é o caminho do Estado de Direito.*

Ao analisar o *ethos* da fidelidade ao Direito, e móvel do Estado de Direito, Postema pontua que os juízes chamam tal fidelidade de imparcialidade, de equidade das partes em juízo, de abertura do processo à evidência e à argumentação de todos os lados, ao dever de tomar decisões racionais segundo princípios baseados nas provas e na argumentação apresentada na Corte.

> Os juízes precisam ver para isso, em lugar de relações pessoais, a língua franca das cortes. Isso reclama uma *convicção profunda, ciumentamente guardada, de sua independência em relação a outros ramos de governo*.[2]

E Postema, voltando ao ditado búlgaro, concorda com M. Krygier em suas duras críticas, para dizer que, se fosse verdade que somente um tolo se incomodaria em passar pela porta estreita do Direito, tal atitude eviscerara as entranhas do Estado de Direito[3].

---

[2] Cf. POSTEMA, Gerald. Op. cit., p. 32.

[3] Cf. POSTEMA, Gerald. Op. cit., p. 33.

Disso resulta o voto enfático de Eros, amante da Constituição, seu forte e prestimoso seguidor, de robusta lealdade ao Direito. A sua independência, como dizem franceses e juristas do *common law,* "jalousement gardée" ou "jealously guarded", foi preservada zelosamente, em face dos demais Poderes (Executivo ou Legislativo), aos quais não se curva e nem cede, guiado que está pela Constituição.

Modificando o entendimento da Corte, até então prevalente, Eros, no HC 84.078, conduziu aqueles que, com ele, se afinavam, à lealdade ao Estado de Direito, ao robustecimento da fidelidade. É fácil, pois, compreender como um *homem, genial como EROS, escolheu passar pela porta estreita do Direito. Simples lealdade ao Direito.*

O que é difícil e mais complexo explicar é por que razão, depois de se curvar à Constituição, como não poderia deixar de ser, a Corte, contra ela, a Constituição, vai se rebelar posteriormente, cedendo às pressões do Ministério Público. A sua independência antes tão "jalousement gardée" em face dos demais poderes da República, tornar-se-á mais frágil em função de uma operação policial ou outra, aqui e ali, e as evidências e as provas havidas no processo, antes prévias e avaliadas como passo necessário à convicção da culpa, para lá de uma dúvida razoável, ao contrário, serão supervenientes, bastantes ou não, a uma convicção de culpa, pré-formada.

Em cíclica *performance,* ora deprimido, ora murchando em inexplicável cultura de deferência não qualificada à autoridade governamental, ora florescendo na democracia, o Estado de Direito, no Brasil, oscila. Explicam os juristas e filósofos que o Estado de Direito não é redutível apenas ao atuar dos juízes, não é uma regra a ser aplicada apenas pelos julgadores. Ele depende de um certo grau de *lealdade ao Direito reinante na sociedade.* Então, diz *Postema,*

> (...) um componente indispensável da infraestrutura da fidelidade está em uma rica, diversificada e civilmente educada sociedade, incluindo organizações religiosas, organizações não lucrativas, universidades, uniões sindicais, grupos de vigilância comunitária e similares. Repartições governamentais de controle, formal ou informal, comissões de direitos humanos, e organizações similares podem também inspecionar e monitorar atividades governamentais e informar, habilitar e facilitar os esforços de responsabilização.[4]

---

[4] Cf. POSTEMA, Gerald. Op. cit., p. 34.

E prosseguindo em suas considerações relacionadas ao Estado de Direito, que depende de virtudes cívicas, pondera: "Bentham argumentou que um governo livre deveria cuidar, encorajar e habilitar a disposição popular para a resistência."[5]

Ricos estudos sobre o ideal do Estado de Direito, em filosofia, ciência política teoria da Constituição, acumulam-se ao longo da história. Influentes estudos relativos ao Estado de Direito, que se apoiam na separação de poderes, nos advêm desde *Locke* ou *Montesquieu,*[6] passam pelas lições de *Dicey*[7]*,* mas no rol devem ser incluídos aqueles que, como *Fuller,*[8] insistem na legalidade e nas oito condições necessárias para sua configuração: (1) generalidade das regras; (2) publicidade; (3) não retroatividade; (4) inteligibilidade; (5) não contradição; (6) exequibilidade; (7) estabilidade; e (8) administração de modo consistente com seu teor. Como contraponto, demonstrando a insuficiência da legalidade (pois não chamaríamos de Estado de Direito ao Estado nazista que partia de leis aplicadas por juízes que se curvavam aos abusos da autoridade), um universo rico de outros teóricos da ciência política ou da filosofia se levanta com *J. Raz,*[9] *Waldron,*[10] *Postema,*[11]*Krigier*[12]*,* alhures e no Brasil.[13]

As instituições e a racionalidade são fundamentais para a legitimação do órgão jurisdicional. Lembra-nos *Thomas Bustamante* que *e*sse tipo de racionalidade já foi atacado em um momento histórico importante, no Século XVII, quando Hobbes negava a existência de uma racionalidade do Direito, de uma sabedoria, uma prática, um conjunto de princípios – que conjuntamente foi denominado de "Rule of Law". *Hobbes* acreditava que todo o direito emanava do soberano, e que contra esse não havia direito, LEI ou LIMITE. Pondera *Thomas* que *"Edward Coke* sustentava que o direito possuía uma 'racionalidade

---

5 Cf. POSTEMA, Gerald. Op. cit., p. 33.

6 Cf. J. Locke. Two Treatises of Government, ed. p. Laslett. Cambridge Press, 1988, os. 265-428 in Second Treatise.

7 Cf. Av. Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th edn. (first edn. 1885) (London: Macmillan, 1959).

8 Cf. Lon Fuller. The Morality of Law. New Haven, CT. Yale University Press, 1969,

9 Cf. J. Raz. The Authority of Law. Oxford, Clarendon Press, 1979.

10 Cf. J. Waldron. The Concept and the Rule of Law. Georgia Law Review, 43, 2008.

11 Cf.. POSTEMA, Gerald. Op. cit.

12 Cf. KRYGIER, Martin. Op. cit.

13 Cf. Por todos, citemos Thomas Bustamante. Precedent. IVR Encyclopedia. Heidelberg, Springer, no prelo para 2020.

artificial', no sentido de que não era a racionalidade transcendental, metafísica, própria de filósofos e teólogos, mas uma racionalidade argumentativa, institucional, interna à prática jurídica, que ocorria nos contextos e nos muros dos tribunais. O common law, para *Coke*, era a 'razão adjudicada e especialmente selecionada mediante disputas e argumentos'.[14] E continua Bustamante, em seu relato, que *Coke*, contra a posição de *Hobbes*, afirmava que o processo de construção do direito e da argumentação deve ser empreendido fora da mídia, fora da opinião pública fácil, fora das pressões externas de supostos filósofos, religiosos e, principalmente, dos políticos, dos interessados em interpretar o direito à margem dos precedentes, das leis, e dos avanços e do arcabouço histórico do tribunal. E conclui:

> Um dos mais valiosos relatos dessa ética jurídica e institucionalista que, se observada em pensadores PRÉ-BENTHAMISTAS como COKE, HALE E BLACKSTONE (os maiores common lawyers da história e provavelmente os maiores juristas práticos dos Séculos XVI, XVII e XVIII, respectivamente), se encontra em um valioso estudo do Professor GERALD POSTEMA (Classical Common Law Jurisprudence (Part II). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 3 (2), p. 1-28, esp. p. 8.). A noção de razão artificial a que COKE, HALE E BLACKSTONE se referem é a razão tal como aplicada no âmbito institucional da corte, e nunca na história do Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, essa noção foi tão importante. Nunca foi tão necessário proteger o Supremo Tribunal Federal como *espaço de argumentação*, como a instância, a esfera adequada para discutir os argumentos jurídicos sobre os direitos e liberdades fundamentais que todos nós temos. O que se busca proteger é o valor da autonomia judicial. Uma autonomia que se constrói ante à imprensa, ante o governo, ante o Poder Legislativo e, sim, ante os próprios desejos, valores, convicções morais, interesses, estratégias, etc., dos próprios membros da Corte. Há um valor jurídico incrustado na Constituição, no Direito Positivo, na Lei.

A autonomia judicial, Eros a soube proteger zelosamente, "jalousement garder" ou "jealously guarding", em face dos demais Poderes, jamais se curvando, subordinando ou cedendo. Fiel à Constituição, *Eros escolheu passar pela porta do Direito. A única*.

Como dissemos, é simples explicar as razões pelas quais Eros foi RELATOR da histórica decisão do STF, no HC 84.078. Pode-se resumir singelamente a questão em uma só palavra: *lealdade*.

---

[14] Coke, Prohibitions del Roy (1607), in E Coke, The Reports of Sir Edward Coke, in Thirteen Parts, editado por J Moore, Dublin, 1793, Report n. 13, p. 242.

Mas tal lealdade deverá também ser institucional, e mais, socialmente reconhecida sob pena de não prevalecer o Estado de Direito, sob pena de proliferarem os desafetos da Constituição. Com razão, *Postema* e *Krygier,* quando acrescem à reverência às leis; às instituições; à independência do juiz, ciumentamente guardada em face dos demais Poderes; ao devido processo legal; à ampla defesa e à presunção de inocência; à racionalidade do discurso argumentativo que se trava nas cortes para a construção do Direito; quando, enfim, adicionam a esses tão imprescindíveis constituintes do Estado de Direito, *a fidelidade, a lealdade ao Direito socialmente prevalente*. E, como consequência da lealdade, socialmente dirigente, preconizam aqueles cientistas, *a resistência*, no sentido preconizado por *Bentham*.

Reconta-nos *Postema* o caso de dois juízes da Corte Juvenil do Condado de Luzerne, Pensilvânia, *infiéis ao Direito* (entre 2003 a 2008), e processados por conspiração, lavagem de dinheiro, extorsão e sonegação fiscal. Reproduz as palavras da Comissão Investigadora do escândalo, ao abrir seus trabalhos:

> Nessa manhã, nossa Comissão começa suas audiências públicas para avaliar o colapso de tirar o fôlego do sistema de justiça juvenil no Condado de Luzerne. Dois juízes são acusados criminalmente por conduta que teve o inequívoco efeito de prejudicar crianças... há pouca dúvida de que sua conduta, se criminosa ou não, tenha tido consequências desastrosas para o sistema de justiça juvenil... Nossa preocupação, entretanto, não é apenas com a ação dos dois juízes do Condado de Luzerne. Nossa preocupação é também com a inação de outros. Inação de juízes, promotores, defensores públicos, advogados, agentes públicos e cidadãos privados – com aqueles que sabiam, mas falharam em falar; com aqueles que viram, mas falharam em agir.[15]

Quando olhamos com serenidade as violações ao Direito, quando entendemos ser normal a deslealdade à Constituição, quando se multiplicam os infiéis à lei, sem qualquer resistência, então reconhecemos a fragilidade do Estado de Direito no Brasil. O ditado búlgaro (*somente os tolos se incomodariam em passar pela porta do Direito)* ainda tem ressonância em setores sociais e profissionais e, pois, ainda *eviscera* o Estado de Direito em nosso País.

Há, não obstante, quem exercite a resistência, quem insista na fidelidade ao Direito. São juristas, universidades, organizações sociais e acadêmicas, parte numerosa da sociedade. Ou mesmo dentro da Corte Suprema.[16]

---

[15] Cf. POSTEMA, Gerald. Op. cit., p. 9.

[16] Cf. Considerando a importância do princípio da presunção de inocência (do qual deriva o *in dubio pro reo*, em oposição ao *in dubio pro societate*), regra consagrada como direito

Esta obra, que ora se lança sobre a *"Execução Provisória da Pena"*, é exemplo disso, de *resistência e de lealdade*. Reúne autores, dos mais importantes da literatura jurídica para, capitaneada pelo Professor Felipe Martins, louvar o desempenho do querido Ministro *Eros Roberto Grau,* ao lado de *Geraldo Ataliba,* o maior dentre os maiores juristas.

Misabel Abreu Machado Derzi
Profª. Titular de Direito Financeiro e Tributário da
Universidade Federal de Minas Gerais

individual fundamental, intocável, de nossa Constituição, por isso denominada de cláusula pétrea, o Ministro Gilmar Mendes, escreveu: "(...) Se há qualquer dúvida a propósito da prevalência das provas, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, imposto pela Constituição (artigo 5º, LVII, CF), pelas convenções internacionais (art. 8.2. da Convenção Americana dos Direitos Humanos – CADH) e pelas leis (artigos 413 e 414 do Código de Processo Penal) da ordem jurídica nacional." E, ao final, conclui: "Assim, a confrontação entre o *in dubio pro societate* e a preservação dos direitos fundamentais é tema essencial do processo penal de um Estado Democrático de Direito". Nesse sentido, a Corte Suprema parece dar mais um passo em direção à consolidação de uma hermenêutica constitucional que compatibilize, concilie a necessidade de uma ação penal efetiva com a preservação das garantias constitucionais. (Critérios de valoração racional da prova e do standard probatório para pronunciar o acusado perante o júri) Consultor Jurídico, 06/04/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio constitucional>.

PRESUMO, LOGO NÃO DESISTO.

Faz-nos bem memorar o pensado.

Homem em Hobbes. A Liberdade em Locke. A natureza do homem em Rousseau.

Independente da ótica, Estado – invenção humana – era e é necessário.

Cidadãos, sociedade e Estado sob a Lei, substantivo feminino, regra de observância obrigatória.

Há leis e leis, mas uma é a Maior. Chamam-na de Carta, adjetivando-a de Suprema, Magna, Política, Fundamental. Fiquemos com a melhor: Constituição. Um substantivo de significância em si mesma: ato de constituir, de estabelecer, de firmar.

Na brasileira, de 1988, já balzaquiana, vai gravado o que segue: *ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. (art. 5º, LVII). Está gravado como direito e garantia fundamental seu, meu e nosso.

Lei boa é aquela que o povo lê e entende.

É o caso acima. Anos atrás li para uma pessoa próxima, dita iletrada, que soletrou, respirou e disse: o que é trânsito em julgado? Respondi: aquilo que o juiz disse e nenhum outro juiz pode dizer mais nada (omiti a ela a rescisória, revisão e que tais). Entendi foi a resposta: só prende no fim.

Ponto final.

Mas, alguns doutos, a pretexto de que o Estado é deficitário ao distribuir a Justiça, leem diferente o que está escrito, como se no texto houvesse legendas imersas. Ora bem, se o Estado é capenga, melhor que lhe deem andador para um caminhar melhor, mais célere. Mas não leiam o que não está escrito.

Outros tão doutos, quanto os mais doutos, a pretexto de que o Estado tem muitas leis e os cidadãos as usam, por seus advogados, adiando o fim do caso judicial, teorizam que dois julgamentos são o bastante. Sartre tinha razão: o inferno são os outros.

Os doutos dos doutos juízes, que são os onze Ministros do STF, lendo e interpretando o art. 5º, LVII, já disse que a ordem de prisão, fundada em sentença confirmada pela segunda instância, não ofende a garantia constitucional. Foi no inverno de 1991 e no HC 68.726. Foi unânime, ausentes os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Os onze Ministros também já disseram, lendo e interpretando o mesmo art. 5º, LVII, que a execução penal, na pendência de recursos, não enseja a prisão antes do seu trânsito em julgado. Foi no verão de 2009 e no HC 84.078 e por 7 x 4. Na composição de 2009, lá remanesciam os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Veloso. Dias após, mas ainda em fevereiro, o STF autorizou que seus Ministros decidissem de modo individual a questão (HC 93.172).

Os onze Ministros do STF, vez outra, releram o art. 5º, LVII, para dizerem que a boa leitura foi a outra, a do inverno de 1991, e não a do verão de 2009, quando redisseram que, ainda que pendente de recurso especial ou extraordinário, era possível a execução provisória de condenação em segundo grau. Foi no verão de 2016 e no HC 126.292 e por 7 x 4. Vale registrar que seis novos Ministros compunham a Corte.

No mesmo 2016, agora em sua primavera e em plenário virtual, os doutos, pela repercussão geral, determinaram que todos os Juízes e Tribunais aplicassem a orientação que fixaram no verão. Foi por 6 x 4 e no ARE 964.246. Ainda em tal ano, agora por 6 x 5, foram negadas as liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (autores Partido Nacional Ecológico (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O tema está aí latente, reclamando reconsideração, debate e regurgitação.

É sobremodo útil ao Direito, à advocacia e à sociedade brasileira, a iniciativa do coirmão Instituto dos Advogados de Minas Gerais – conduzido pelo irrequieto professor e advogado Felipe Martins Pinto, com quem temos convivido no Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil – de revisitar o instituto da "presunção da inocência", ou de não culpabilidade, tendo como patrono o jurista Eros Grau.

Resgatar o texto da Constituição é de rigor, pois como disse Eros,

> *...a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de que nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes.* (Relator do HC 84.078-7 de fev. 2019)

Excelente oportunidade à regurgitação do tema, porque o homem e a sua presumida inocência não se acostumam com a mudança de regra (*overruling*), conforme a estação e os passageiros que embarcam e desembarcam no Supremo Tribunal Federal.

A inocência, por princípio.

Inverno de 2019.

Hélio Gomes Coelho Júnior
Advogado
Professor de Direito na PUC-PR
Presidente do Colégio de Presidentes dos
Institutos dos Advogados do Brasil

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PENAL

Alexandre Luiz Alves de Oliveira[1]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como diretriz maior do ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana. Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil elencado expressamente no artigo 1° está a dignidade humana. O Estado brasileiro, assim como toda a sociedade, deve proteger e promover tão primordial princípio.

Mas o que significa proteger e promover a dignidade humana? Dignidade da pessoa humana não deixa de ser uma expressão ampla e de difícil determinação. Natural que seja assim, pois a ideia que o homem faz de si mesmo e suas necessidades varia no tempo e no espaço. No entanto, imperioso é trazer uma noção mais concreta. Para o presente texto a promoção da dignidade da pessoa humana será vinculada com a promoção dos direitos humanos em todas as suas dimensões.

Percebidos estes direitos mínimos que fomentam o desenvolvimento da condição humana é destacado o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Se o Estado é respeitador e promovedor dos direitos humanos é necessário que o processo, mais especificadamente o processo penal, também seja democrático. Desta maneira, somente haverá um processo penal democrático se respeitadas certas garantias processuais elencadas na Carta Magna de 1998, dentre elas, a presunção de inocência.

---

[1] Doutorando em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas pela PUC Minas. Mestre em Direito. Especialista em Temas Filosóficos. Advogado e Professor. Bolsista CAPES. E-mail: <alexandrelalves@hotmail.com>.

A presunção de inocência é um forte indicador de quão importante o indivíduo é para o Estado e a sociedade. Esta garantia influenciará decisivamente na forma de compreender e aplicar as normas processuais ao trazer regras sobre o ônus da prova e regras de tratamento.

A metodologia usada no presente texto é o dedutivo e tem como autores de referência Cláudio Brandão, Fábio Comparato, Aury Lopes Jr., Humberto Nogueira Alcalá, dentre outros.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

"Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."[2] O artigo 1° da Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um projeto da Humanidade. Uma busca de respeito a todos os indivíduos, independentemente de qualquer adjetivação. Não importa mais se a pessoa é branca ou negra, católica ou protestante, rica ou pobre. Todos os indivíduos são dotados de direitos mínimos que, de forma alguma, se pode negligenciar. De tal maneira, os seres humanos, sem exceção, possuem um atributo intrínseco: a dignidade. O que os Direitos Humanos visam é a promoção da dignidade de todos os indivíduos.

Os Direitos Humanos[3] não surgiram todos em um único momento histórico. São frutos de lutas e revoltas, de conquistas e retrocessos. "Os elementos que compõem os direitos humanos não se desenvolveram na mesma época. Pelo contrário, tiveram seu desenvolvimento e apogeu em contextos históricos distintos."[4] "Os direitos fundamentais passaram na ordem internacional a manifestar-se em três gerações[5] sucessivas, que traduzem sem dúvida um

---

[2] NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

[3] Entendidos, resumidamente, como: Os direitos humanos são aqueles direitos pertencentes a todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. São os direitos que visam promover a dignidade humana.

[4] GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

[5] "Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade". BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 562.

processo cumulativo e qualitativo".[6] Assim, uma breve análise desses contextos permite a identificação de seus elementos basilares.

Nas décadas finais do século XVIII,[7] o Liberalismo, como filosofia política, estabeleceu, como premissa maior, que o eixo principal da vida em comunidade deveria ser a liberdade.[8] "Uma sociedade livre é aquela que obedece às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos." [9] As pessoas deveriam poder escolher livremente sobre a religião, a corrente política, as convicções morais e, principalmente, como dispor de suas propriedades. A exigência maior do Liberalismo era uma abstinência do Estado na regulamentação da vida particular dos indivíduos e do mercado. Seria uma "prestação negativa" imposta ao Estado.

Esse Estado Mínimo, que procurou atender aos anseios da classe burguesa, pode ser caracterizado pelo *laissez-faire* (deixe fazer). A função do Estado se resumia, principalmente, em manter a segurança externa e interna e exigir e efetivar o que tivesse sido pactuado pelos particulares. De tal maneira, o mercado regularia suas próprias relações (mão invisível do mercado[10]), sendo que as interferências realizadas pelo Estado seriam consideradas ingerências na vida dos particulares. "O capitalismo mercantil, com sua acumulação de

---

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563.

7 "A busca por direitos comuns de todos e cada um dos homens, atribuíveis a qualquer um que pertença ao gênero humano, não se verificou nem na antiguidade nem na idade média. Foi apenas na idade moderna que esta espécie de direitos foram gestados enquanto tais, pois foi neste período histórico que as mudanças advindas com o movimento intelectual conhecido como humanismo, possibilitaram o deslinde deste novo conceito, pois elas criaram as condições necessárias para o seu nascimento. É por este motivo que se afirma que o conceito de direitos humanos é um produto histórico do mundo moderno" . BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. *Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos.* Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123-147, 2015, p. 129.

8 Fábio Konder Comparato (2007) faz a mesma observação e ilustra com o artigo 1º da Declaração da Virgínia de 1776 que merece ser reproduzida: "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança." COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

9 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63.

10 Adam Smith em "A Riqueza das nações".

riquezas e a necessidade de segurança das convenções comerciais, postulava a existência de um estatuto individual estável, assente numa larga autonomia do *homo economicus*."[11] Assim, por meio da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e da Revolução Francesa de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) superava-se o Estado Absolutista ou *Ancien Régime* (Antigo Regime), como bem relatado por Norberto Bobbio (1992):

> Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada histórica do gênero humano. Um grande historiador da revolução, Georges Lefebvre, escreveu: Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução.[12]

Essa igualdade puramente formal de todos perante a lei, acarretou uma imensa desigualdade social e, consequentemente, péssimas condições de vida para a maior parte da população. Condições precárias de emprego, higiene, moradia, vestuário e alimentação fizeram eclodir várias revoluções populares, no desejo de uma melhor distribuição de renda. A maioria da população, assim, insuflada pelas críticas dos pensadores socialistas[13], tanto utópicos quanto científicos (Saint-Simon, Marx, Engels), inconformada, exigiu uma transformação da sociedade. A propriedade privada dos meios de produção e o livre comércio seriam a base da exploração do homem pelo homem.

> A liberdade apregoada na primeira geração dos direitos humanos, traduzida em liberdade de iniciativa econômica pela burguesia, agora também politicamente fortalecida, possibilitou um notável desenvolvimento industrial e econômico. Entretanto, os beneficiários desse desenvolvimento foram os próprios burgueses, os quais, aproveitando-se do poder político que agora dispunham, utilizavam-se do Direito e do aparato estatal para consolidar a exploração da população que necessitava vender a sua mão

---

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 385.

[12] BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85.

[13] "Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta de classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 385.

> de obra. Neste panorama, os direitos humanos de primeira geração não se revelaram como suficientes para proteger o Homem em sua dignidade, que foi o motor de sua origem.[14]

Essas aspirações da classe proletária provocaram uma mudança de perspectiva das tarefas do Estado. O Estado não poderia ser, apenas, uma mera testemunha das mazelas sociais. O Estado não deveria, somente, respeitar e proteger as liberdades, mas teria obrigação, também, de promover uma igualdade material entre os indivíduos. Assim, procurar-se-ia assegurar, a todos as pessoas, condições mínimas para uma vida com dignidade. São impostas ao Estado "tarefas positivas", como proporcionar alimentação, educação, saúde, vestuário, moradia, trabalho digno para todos os indivíduos necessitados. É o que foi denominado *Welfare State,* Estado Providência ou Estado do bem-estar social. Desse novo paradigma de Estado, destacam-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que reconheceram os direitos sociais.

> Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica. A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social.[15]

Posteriormente, depois de percebidas as catástrofes cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, constata-se uma nova preocupação com o "destino da humanidade". Os horrores do holocausto e as bombas nucleares despejadas em Hiroshima e Nagasaki demonstraram o potencial destruidor do homem. O receio de um conflito bélico entre as grandes superpotências à época (Estados Unidos e ex-União Soviética) era iminente. Dessa situação[16], surge o desejo da paz e, consequentemente, os direitos de solidariedade e fraternidade. Constituem direitos destinados à proteção do gênero humano e, por isso, possuem uma natureza difusa. "Tem primeiro por destinatário o gênero humano

---

[14] BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. *Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos.* Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123-147, 2015, p. 142.

[15] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

[16] Contribui, também, para a percepção da necessidade de solidariedade entre os povos e nações o processo de descolonização ocorrido após a Segunda Guerra.

mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."[17] Compreendem o direito à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação e, principalmente, à proteção do meio ambiente.

> Entretanto, as dinâmicas das necessidades humanas apontaram para o nascimento de outra geração de direitos, que representam uma síntese de muitos outros direitos, voltando-se não somente para as gerações presentes, mas também para as gerações futuras. Por isso, diz-se que a terceira geração dos direitos humanos se baseia na solidariedade, abarcando, dessarte, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio cultural da humanidade e o direito ao meio ambiente.[18]

Percebidos estes direitos mínimos que deveriam ser assegurados a todos os indivíduos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[19] tornou impreterível que todos os países signatários efetivassem suas determinações. Todas as dimensões[20] ou gerações dos Direitos Humanos devem ser fomentadas, estimuladas e respeitadas por nações que procurem cumprir o princípio da dignidade humana. Destaca-se do seu preâmbulo:

> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em

---

[17] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 569.

[18] BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. *Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos.* Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123-147, 2015, p. 143.

[19] A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento de referência na construção dos Direitos Humanos. Representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as nações elaboraram a Declaração que foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III). Suas determinações servem como normas comuns a serem efetivadas por todos os países.

[20] Karel Vasak, em palestra realiza no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, no ano de 1979, propôs uma classificação nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, dividida em três gerações, conforme a marca predominante dos eventos históricos e das aspirações axiológicas que a elas deram identidade: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade; a terceira geração se nutriu das duras experiências sofridas pela Humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a se seguiu, refletindo os valores da fraternidade. GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

> uma liberdade mais ampla, […] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Diretos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações. […][21]

Fábio Konder Comparato (2007) observa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugurou uma nova fase na história da Humanidade. Fase está, ainda, em desenvolvimento. "Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade."[22]

Fala-se hodiernamente que se vivencia uma quarta ou quem sabe até mesmo uma quinta dimensão dos direitos humanos que com compreenderiam a manipulação genética, a Internet e a democracia direta.

Imperioso é que todas as dimensões dos direitos humanos devem ser perseguidas na promoção da dignidade humana. Tanto as liberdades e os direitos de participação política (primeira geração), os direitos sociais (segunda geração) e os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a paz (terceira geração) são objetivos a serem perseguidos na promoção do atual Estado Democrático de Direito. Deve ser almejado pelo Estado brasileiro o crescimento econômico, a equidade social e a fraternidade. O cumprimento desses objetivos é, na verdade, a implementação das dimensões dos Direitos Humanos. Somente se pode falar em Estado Democrático de Direito com a obediência destas gerações.

Saliente-se, novamente, que o imprescindível é sempre ter em foco a promoção da dignidade da pessoa humana e deste escopo se depreende de forma inexorável que o indivíduo é sempre fim. Tanto o ordenamento jurídico quanto o Estado são "instrumentos" para a elevação do indivíduo com o intuito que ele possa atingir suas potencialidades. O Estado Democrático de Direito é uma amálgama das dimensões/gerações dos direitos humanos e tem como vetor maior o homem e a busca do seu pleno desenvolvimento.

Ao se analisar o caso brasileiro percebe-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição Federal. Como exemplo cite-se que o Brasil adota como sistema de produção o modelo capitalista.

---

[21] NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

[22] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

A base deste sistema é a propriedade privada, a livre concorrência, a busca constante do lucro. Apesar disso, pode-se dizer que não é um capitalismo exacerbado. Não é um liberalismo econômico radical nos moldes proclamados pós-Revolução Francesa.

A Constituição da República de 1988 ao regular as relações econômicas estabeleceu uma série de princípios que devem ser observados. Tais princípios coadunam, com o sistema capitalista de produção, os direitos sociais e o meio ambiente nos termos do art. 170.

Verifica-se, também, sem grandes dificuldades, uma série de liberdades e garantias previstas no art. 5° e direitos sociais, políticos nos artigos subsequentes do Título II da Constituição da República de 1988.

Ademais, de forma mais explícita, o art. 1° da Constituição Federal não deixa nenhuma margem de questionamento ao salientar que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e elenca entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (III)[23].

2. PROCESSO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Francisco Muñoz Conde (1985, p. 13) relata que a tarefa do Direito Penal é a produção, a solução e a decisão dos acontecimentos que apresentam repercussões jurídico-penais. Essas repercussões jurídico-penais apresentam uma característica emblemática: a violência. Direito Penal é violência. "É Subjacente à ideia de Direito Penal a ideia de violência. Registre-se, inicialmente, que o próprio senso comum já associa a ação criminosa à ideia de violência (...)."[24]

Como salienta Enrique Bacigalupo, na busca da consecução das finalidades do Direito Penal, determinadas condutas são consideradas inaceitáveis pelo sistema social e, no caso de sua realização, prescritas são as mais rigorosas consequências conhecidas (penas). Para as condutas mais intoleráveis, as sanções mais severas e drásticas.[25]

---

[23] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana. (CF/1988).

[24] BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 08.

[25] BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal:* parte general. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996, p. 01.

O Direito Penal, dessa forma, procura evitar condutas violentas como o latrocínio, o sequestro, o estupro, no entanto, para atender estes objetivos utiliza-se, também, de violência. Dessa forma, a pena de prisão, a pena de morte, etc. não deixam de ser atos violentos, uma vez que, também, lesionam bens jurídicos (liberdade/vida). Aliás, como bem salienta Muñoz Conde, a violência é praticada por todos, tanto pelos indivíduos quanto pelo Estado, por ricos e pobres, homens ou mulheres governando, em maior ou menor grau, as relações humanas.[26]

> Mas a presença da violência no nosso ramo do Direito vai muito além do crime. A pena, que é consequência do crime, também, é uma manifestação de violência. No ordenamento jurídico brasileiro, existem as penas de morte (somente nos crimes militares próprios em tempo de guerra), de privação de liberdade, de restrição de direitos e de multa. O fato é que quaisquer dessas penas atingem bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.[27]

Observa-se, contudo, que apesar das relações humanas poderem ser marcadas pela violência, esta não é sempre valorada da mesma maneira. Existem violências aceitas pela sociedade e outras não. Algumas são justificadas, outras são repreensíveis. O ato é valorado de conformidade com a situação. A conduta é compreendida e mensurada dependendo de uma referência espaço-temporal. A violência e sua significação dependerão sempre de uma contextualização e de uma avaliação:

> *Ciertamente no es lo mismo matar para comer que matar para que otros no coman, pero la violencia no siempre aparece en las relaciones humanas de una manera tan simple, sino que adopta modos y formas de expresión mucho más complejas y sutiles. La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o defendida. No hay, pues, un concepto de violencia estático ahistórico, que puede darse al margen del contexto social en el que surge. Tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la «bondad» o «maldad» de un determinado tipo de violencia*.[28] (Grifos nossos)

---

[26] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social.* Jerez: Gráficas del Exportador, 1985, p. 16.

[27] BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 09.

[28] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social.* Jerez: Gráficas del Exportador, 1985, p. 16 e 17.

Apesar de o Direito Penal ser violência, salienta Muñoz Conde, ele se diferencia das demais instituições do sistema de controle social. O Direito Penal é um controle normativo prévio ao fato e esta formalização procura dar racionalidade a sua aplicação afastando-o da subjetividade e da imprevisibilidade[29]. Ademais, a violência do Direito Penal necessita ser legitimada. A aplicação da pena, ou mesmo a sua ameaça, só se justifica para a proteção de bens jurídicos fundamentais. Assim, somente se concebe um Direito Penal em um Estado Democrático de Direito quando este observa certos limites, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Ademais, além das limitações impostas pelos princípios penais derivados do respeito à dignidade da pessoa humana verifica-se que a aplicação do direito penal vincula-se ao direito instrumental/processual.

> Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.[30]

Não é suficiente a prática de uma conduta definida em um tipo penal para o Estado aplicar a sua consequência, ou seja, a pena. O Estado (Poder Legislativo) edita as regras de convivência e estabelece sanções. Quando concretamente um delito é cometido surge o direito[31] de punir *in concreto* para o Estado. É o denominado *jus puniendi.*

Observa-se, diante desta situação, que surgem dois interesses igualmente relevantes em jogo: a pretensão punitiva estatal e o direito de liberdade do acusado. "Se o interesse repressivo diz respeito a toda a sociedade, de vez que o crime rompe com as condições de estabilidade social, não é menos verdade que a sociedade tem interesse na efetiva tutela da liberdade."[32]

Desta maneira o *jus puniendi* não é uma coação que se possa aplicar diretamente. Ademais nem mesmo pode ser cumprida voluntariamente pelo

---

[29] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social.* Jerez: Gráficas del Exportador, 1985, p. 18.

[30] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

[31] O que se observa na realidade é um dever que surge para o Estado para aplicar a pena. Não existe um direito no sentido de um *facultas agendi* pertencente ao ente público.

[32] ARAÚJO, Sérigo Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 19.

acusado. Exige-se, para a aplicação da lei, um terceiro demasiadamente forte e imparcial para a solução do "conflito de interesses". Este terceiro é o próprio Estado por intermédio do Poder Judiciário.

> Era preciso, também, que tal função (a de solucionar o litígio) ficasse a cargo de um terceiro. Mas quem, no meio social, poderia desincumbir-se de tal mister? Não bastava ser um terceiro, um árbitro enfim. Era preciso, antes de mais nada, que se tratasse de um terceiro forte demais, de modo a tornar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes. Como se percebe somente o Estado é que podia ser este terceiro. Então, o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu.[33]

Destarte, o processo[34], mais especificadamente o processo penal, ganha importância. O processo penal será um conjunto de princípios e normas que regularão a persecução penal com o escopo de regular e solucionar o choque entre os dois interesses supracitados. É por intermédio do processo que o Estado realiza uma de suas tarefas mais importantes que é a prestação jurisdicional. "O Estado tem o dever e o direito de punir. Mas o direito de liberdade do réu lhe cria certas limitações. Daí surgir a lide penal, cuja solução é imposta, jurisdicionalmente [...]."[35]

Acompanhando os ensinamentos de Aury Lopes Jr.[36] o processo penal possui um caráter instrumental com relação ao direito penal. O processo penal é o itinerário necessário a ser percorrido para a pena. O autor estabelece que é pela perspectiva constitucional que se deve fazer a leitura do processo penal. O processo penal deve ser visualizado como instrumento de efetivação das garantias constitucionais.

> O processo não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente à pena. Daí por que somente se admite sua

---

[33] ARAÚJO, Sérigo Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 21,

[34] O vocábulo "processo" vem de *procedere*. Tal verbo indica uma idéia de ir/caminhar em direção a uma finalidade.

[35] MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal.* 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 08.

[36] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

> existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).[37]

Dentro desta lógica, percebe-se, com Aury Lopes Jr., que a Constituição Federal é a diretriz do processo penal. Os dispositivos porventura autoritários do Código de Processo Penal de 1941 devem ser interpretados restritivamente (e em certos casos nem serem recepcionados) quanto confrontados com as disposições constitucionais democráticas. "Em suma, nossa noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário."[38]

José Frederico Marques[39] leciona que o processo penal é uma decorrência da democracia e do Estado de Direito. Verifica-se que no procedimento inquisitivo próprio de regimes autoritários não existe processo penal propriamente dito e, nos termos do pensador, ocorre mera persecução penal judiciária. Somente com uma persecução processual o juiz exerce atividade jurisdicional. Impõe-se ao magistrado garantias ao acusado que ele não pode negligenciar por determinação das constituições democráticas[40].

> No dia em que desaparecerem as garantias do acusado como resultante da hipertrofia da defesa social contra o crime, desaparecerá não só o processo, como também o princípio da legalidade das penas e dos crimes. Aí então se poderia falar num procedimento punitivo que de maneira alguma se confundirá com o processo. Mas enquanto existirem as garantias individuais das constituições democráticas, o processo penal será sempre um processo de partes, de caráter contraditório, estruturalmente idêntico ao processo civil.[41]

---

[37] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

[38] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

[39] MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 07 e 08.

[40] "No III Reich, preconizou-se a abolição total do processo, tanto civil com penal, para substituí-lo pelo procedimento da chamada jurisdição voluntária. Sucederia, assim, como conseqüência lógica, ao dualismo dos que pregam o estatalismo autoritário da persecução penal, o unitarismo administrativo, com a supressão completa do processo e da jurisdição contenciosa, quer para as questões de ordem privada, quer para aquelas de natureza penal." MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 8.

[41] MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 80.

Enrique Bacigalupo relata que o respeito às garantias processuais penais é um verdadeiro sismógrafo da Constituição de um Estado. O reconhecimento dos direitos fundamentais processuais penais permite identificar o aspecto autoritário ou liberal de uma sociedade:

> La experiencia histórica revela que en una sociedad autoritaria las garantías del debido proceso son considerablemente más reducidas que en una sociedad basada en la libertad de los ciudadanos, pues una reducción de los derechos fundamentales reconocidos en relación al proceso importa una mayor desprotección del inocente. Por otra parte, una mayor protección del no culpable suele aumentar la posibilidad de absolución de algún culpable. En un esquema de prototipos ideales se puede decir que las sociedades autoritarias, por lo tanto, pueden ser caracterizadas por un nivel de baja protección del no culpable, aun a riesgo de condenar a un inocente. En ellas importa menos la sanción de la culpabilidad real que el supuesto efecto intimidante de una pena aplicable através de un proceso de reducido nivel de garantías. Las sociedades basadas en la libertad asumen mayores riesgos de que un culpable no sea penado, pues sólo consideran legítima la pena de quien es culpable y ponen en duda la legitimidad del efecto intimidante de la pena como única función del derecho penal. La extensión que se reconozca a las garantías del proceso penal, por lo tanto, tiene un efecto directo sobre la libertad.[42]

Winfried Hassemer (1997), em seu livro "*Crítica al derecho penal de hoy*", destaca que o processo/procedimento penal não é meramente a aplicação do Direito Penal, mas, também, a aplicação do próprio Direito Constitucional. Ao se analisar o Processo Penal de um ordenamento jurídico, pode-se perceber como é a relação do Estado com seus cidadãos.

> Visto de este modo, tanto en una perspectiva jurídico política como científica, tiene sentido caracterizar al procedimento penal no solo como la realización del derecho penal material, sino también como derecho constitucional aplicado o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política. En el derecho procesal penal y su realización práctica se encuentran lós signos que califican la calidad de la relación de um Estado com sus ciudadanos com particular precisión y colorido.[43]

Diante do exposto constata-se que um processo penal democrático vincula-se a proteção das garantias fundamentais processuais estabelecidas na Carta Magna tendo com vetor maior o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito.

---

[42] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y El Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2005, p. 168.

[43] HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Tradução: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 67.

Dentre as garantias/princípios processuais penais fundamentais destacam-se: princípio da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da publicidade, vedação das provas ilícitas e, mais especificadamente para o presente texto, o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade).

3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A palavra princípio é utilizada comumente com a significação de começo, fonte, gênese, procedência, alicerce. Em um sentido comum apresenta mais de uma significação: momento em que uma coisa, ação, processo, etc. passa a existir; começo, exórdio, início; causa primeira de alguma coisa a qual contém e faz compreender suas propriedades essenciais ou características; em uma área de conhecimento, conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de base e das quais todo desenvolvimento posterior deve ser subordinado e regra ou norma de ação e conduta moral; ditame, lei, preceito.

Miguel Reale afirma que os princípios são enunciações ou juízos basilares que fundamentam e garantem certeza a um conjunto de juízos organizados em um sistema de conceitos relativos a uma parte da realidade.

> Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validez de um sistema particular de conhecimentos, como pressupostos necessários.[44]

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello relata que os princípios são determinações nucleares de um sistema jurídico. Compõem sua base, sua condição de validade, e possibilitam o entendimento lógico do sistema normativo trazendo-lhe sentido harmônico. Dessa forma, os princípios permitem conhecer com nitidez as variadas partes pertencentes do todo unitário denominado sistema jurídico positivo.[45] "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos."[46]

---

[44] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

[45] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 966.

[46] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 967.

O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade é uma garantia processual prevista expressamente no texto constitucional pátrio no inciso LVII do art. 5°: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Trata-se de um direito/garantia fundamental tanto material quanto formal (Título II da Constituição Federal de 1988). É desta maneira uma cláusula pétrea (art. 60, § 4°, IV, da CF/88).

Humberto Nogueira Alcalá (2005), em seu artigo "*Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência*", leciona que o direito a presunção de inocência é uma garantia que estabelece um limite a soberania e deve ser assegurado e promovido por todos os órgãos do Estado. O autor traz a seguinte definição do instituto que cristaliza sua natureza:

> La presunción de inocência es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, princípios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras um tribunal no adquiera la convicción, a través de los médios de prueba legal, de su participación y responsabilidad em el hecho punible determinada por uma sentecia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada uma de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas em el processo penal em forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.[47]

Ao se buscar as origens da presunção de inocência constata-se que já no Direito romano, por meio dos escritos de Trajano, encontra-se o instituto. Todavia, observa-se na Idade Média, destacadamente na inquisição, uma inversão na presunção. Basta perceber que a semiprova comportava-se como uma semiculpabilidade e uma semicondenação.[48]

> Esta es la tradición humanista que ya encontramos en Ulpiano em su *Corpus Juris Civiles* en el cual precisa que "nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente", lo que será arrasado por las praticas inquisitivas de la baja Edad Media que se proyectaram hasta los tiempos modernos,

---

[47] ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência.* Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 223.

[48] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 215.

> donde el imputado era considerado culpable, mientras no desvirtuava las conjecturas de culpabilidad demonstrando su incocencia.[49]

Como assinala Humberto Nogueira Alcalá (2005), no século XVII, quem melhor repudiará a prática de ordenar aplicar a pena a quem não tem culpa, sem provas, reclamando um juízo oral e público, a assistência de advogado e um sistema de íntima convicção do juiz para a valoração da prova será Voltaire. Destaca-se, no entanto, que o princípio da inocência como postulado fundamental para a ciência processual e como pressuposto para todas as demais garantias do processo ganhará relevo nos ensinamentos de Francesco Carrara: "La metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y los errores de la autoridad."[50]

Não se pode esquecer, também, as palavras de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) que no seu famoso livro "*Dos delitos e das penas*" (1764) assim se expressou:

> Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz: e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que já seja decidido ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.[51]

No esteio das ideias iluministas do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa, recepcionou o princípio da presunção de inocência no seu art. 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.[52]

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia da Organização das Nações Unidas em 1948 constou expressamente o princípio da presunção de inocência na Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu art. 11, § 1°:

---

[49] ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência*. Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 224.

[50] ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência*. Revista Ius et Práxis, vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 225.

[51] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas***.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 41.

[52] Fonte:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 29 jun. 2019.

> Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.[53]

Cite-se, também, a disposição do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) em seu art. 8º, § 2º, *in verbis*: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."[54]

Como já mencionado a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a garantia da presunção de inocência ou não culpabilidade no seu art. 5º, LVII. Importante ressaltar que Sérgio Luiz de Souza Araújo,[55] com base nos estudos de Antônio Magalhães Gomes Filho, enfatiza que os textos constitucionais anteriores a Carta Magna de 1988 apesar de pródigos na enumeração de garantias fundamentais de justiça repressiva não fizeram menção ao princípio da presunção de inocência.

Sobre sua aplicabilidade, o princípio da presunção da inocência trará como conseqüência duas regras que constituirão verdadeiros ditames garantidores de um processo penal democrático: uma regra de caráter probatório e uma regra ou dever de tratamento.

> A presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva – estigmatização do imputado- e à limitação do (ab) uso das prisões cautelares).[56]

Humberto Nogueira Alcalá[57] esclarece que a não culpabilidade constitui uma garantia que racionaliza e fundamenta o processo penal. Descarta, outrossim, qualquer critério que estabeleça uma presunção de culpabilidade e

---

[53] Fonte: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 29 jun. 2019.

[54] Fonte: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos /sanjose.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

[55] ARAÚJO, Sérigo Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 203.

[56] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

[57] ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia*. Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 226 e 227.

que provoque, por consequência, ao imputado o ônus de provar sua inocência. O princípio da presunção da inocência objetiva evitar os juízos condenatórios antecipados contra o acusado, sem uma detida consideração da prova dos fatos e a carga da prova, como também obriga a somente determinar a responsabilidade do acusado por meio de uma fundamentada e congruente sentença que esteja de acordo com as fontes de direito previstas pelo ordenamento jurídico.

Assim como consequência e efeito do princípio da presunção de inocência é que não cabe ao imputado ter que provar seu estado de inocência. A inocência é o "estado natural" do indivíduo e cabe ao acusador demonstrar o contrário. Humberto Nogueira Alcalá esclarece:

> El principio de presunción de inocência como parte integrante del derecho a una investigación y procedimiento justo y racional o um debido proceso establece la obligación de conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que deve acreditar los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativos, em otras palabras, no existe com carga del imputado probar su inocência o la ausencia de participación en los hechos (...)
>
> Así em âmbito procesal, el derecho a la presunción de inocencia significa uma presunción *iuris tantum,* la que exige ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria. Así toda condena deve ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico, impidiendo siempre la existencia de uma condena sin pruebas, aplicándose auxiliarmente el principio *in dúbio por reo* (...).[58]

Aury Lopes Jr.[59] corrobora tal determinação ao relatar que a carga da prova deve ser suportada pelo acusador: "Se o réu é inocente, não precisa provar nada e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição." Dessa maneira outro efeito da presunção de inocência é que o juiz somente pode determinar a responsabilidade do acusado por intermédio de uma sentença alicerçada em provas que demonstrem que o acusado é responsável pelo delito:

> La presución de inocencia exige que la condena se funde em pruebas lícitamente obtenidas y praticadas con las debidas garantias procesales que contengan suficientes elementos inculpatorios respecto a la participación del imputado em los hechos delictivos sometidos a resolución del tribunal, que formen convicción em éste último sobre la responsabilidad del

---

[58] ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência*. Revista Itus et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 227 228.

[59] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

> acusado del delito, possibilitando su condena. Ello obliga al órgano jurisdiccional a no recibir las pruebas de caráter antijurídico y en violación de derechos fundamentales por la posición preferente que ellos ocupam en el orden constitucional y su condición de derechos inviolables, lo que genera la nulidad de todo acto violatorio de tales derechos. Ello constituye uma garantia objetiva del orden constitucional.[60]

Ressalte-se, também, que o princípio da não culpabilidade é regra de tratamento para o imputado que impõe reduzir ao máximo e a situações indispensáveis as medidas cautelares aplicadas ao acusado. Exige-se um cuidado, um juízo de razoabilidade e ponderação sendo somente permitidas nos casos estabelecidos na lei processual. Destarte as medidas cautelares nunca podem ter um caráter de pena. Elas têm como escopo garantir o desenvolvimento normal do processo e a aplicabilidade, porventura, da lei penal.

> De esta norma se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado o del acusado (personas que de acuerdo a antecedentes disponibles se presume con participación en el hecho punible), mas allá de los limites estricramente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión preventiva uma medida cautelar y no uma medida de caráter punitivo.[61]

Não pode ser olvidado, por fim, nos termos de Aury Lopes Jr.,[62] que o princípio da presunção de inocência também reverbera no tocante a publicidade exagerada e na estigmatização precoce do acusado. A presunção de inocência deve atuar em conjunto com outras garantias constitucionais de proteção da imagem, privacidade do indivíduo. "O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência."[63]

---

[60] ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência.* Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 236.

[61] ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência.* Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 230.

[62] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

[63] LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

CONCLUSÃO

Princípio da dignidade da pessoa humana é a afirmação e a busca de efetivação dos direitos humanos em todas as suas dimensões. Pode-se resumido no famoso lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana exige-se um processo democrático. Pelo processo penal pode-se identificar a natureza democrática ou autoritária do Estado. O respeito aos direitos e garantias individuais é um demonstrativo desta natureza.

Dentre as garantias processuais asseguradas ao indivíduo (tanto pela Constituição tanto por legislações internacionais) destaca-se a presunção de inocência ou não culpabilidade.

A presunção de inocência parte do pressuposto que todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Impõe regras para instrução probatória, para solucionar questões dúbias, para tratamento do imputado dentre outras. É um princípio que dá prevalência ao cidadão perante o Estado. É um garantia fundamental assegurada à pessoa humana e sua mitigação ou supressão é um atentado aos direitos humanos e, consequentemente, ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. *Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência.* Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005.

ARAÚJO, Sérigo Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y El Estado de Derecho.* Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal:* parte general. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos.* 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, R. M. C. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, p. 123-147, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUERRA, Sidney. Direitos Humanos: curso elementar**.** São Paulo: Saraiva, 2013.

HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Tradução: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal.* 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Gráficas del Exportador, 1985.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AVANÇOS E RETROCESSOS DO STF NOS 30 ANOS DE *"NINGUÉM SERÁ CONSIDERADO CULPADO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA" – UMA HOMENAGEM AO MINISTRO EROS GRAU*

Alexandre Wunderlich[1]

I. INTRODUÇÃO – *PONTO DE PARTIDA*

Em razão de seus inúmeros trabalhos científicos e por sua rica atuação na universidade, na advocacia e na magistratura do STF, o homenageado Ministro Eros Grau merece admiração. Em atenção ao convite do Professor Doutor Felipe Martins Pinto, venho colaborar nesta coletânea sobre a *presunção de inocência* e, em razão da carga de homenagem do texto, volto a desafiar o tema da "execução antecipada da pena criminal", que enfrentei, no final dos anos 2000, em artigo[2] publicado na obra *Crítica à Execução Penal,* organizada pelo Professor Doutor Salo de Carvalho, trabalho que mereceu a citação do Ministro Eros Grau no *Habeas Corpus* 84.078.

Em outro momento, mas com idêntica *crítica jurisprudencial*, enfrento novamente a questão da "execução antecipada da pena criminal". Sumariamente, registro que *reafirmo* a posição que adotei anteriormente, ainda no ano de 2007, fazendo jus ao correto pensamento exposto à época pelo Ministro Eros Grau, em sua jurisdição firmada no STF. O tema segue atual e merece pronta atenção

---

[1] Advogado. Doutor em Direito pela PUCRS. Professor de Direito Penal na PUCRS e de Direito Penal Econômico no Insper [alexandre.wunderlich@wunderlich.com.br]

[2] WUNDERLICH, Alexandre. *Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada*, p. 429 *et seq.*

da Academia, não só em razão da variação jurisprudencial que o acompanha, mas especialmente em razão do inchaço do sistema punitivo, da falência das prisões brasileiras e do crescimento dos discursos autoritários no país.

II. LEI DE EXECUÇÃO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 30 ANOS DE *"NINGUÉM SERÁ CONSIDERADO CULPADO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA"*

A LEP exigiu, como regra geral e cogente, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução da pena.[3] Inspirada pelos juristas que trabalharam nos projetos da chamada *grande Reforma Renal*, a LEP produziu um modelo de execução com o início do cumprimento da pena a partir da expedição regular de guia de trânsito em julgado da sentença condenatória. No ponto, é inegável que o modelo de execução penal trazido pela LEP, em 1984, ganhou especial dimensão em 1988, quando da publicação da Constituição Federal. O racional humanista do sistema de execução de penas foi chancelado pelo princípio constitucional da *presunção de inocência* (artigo 5°, LVII), que foi bem tratado no país por Maurício Zanoide de Moraes[4]. Para além de garantias individuais, a Constituição Federal acolheu preceitos orientadores da própria atuação do Estado.

O Brasil ultrapassou 30 anos de principiologia constitucional.[5] Contudo, é visível que o Estado não tem cumprido a ordem normativa constitucional em sua integralidade, pois falta zelo pelos direitos e garantias. Neste particular aspecto, a LEP impôs um modelo de execução penal em que a regra é a execução

---

[3] O artigo 105 da LEP estabelece taxativamente: "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." O artigo 105 seguiu o antigo artigo 674 do CPP. O legislador reitera o entendimento no artigo 160 da LEP: "Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas." No conjunto, os artigos 105, 106, 107, 147, 160, 164, 171, 172 da LEP e o artigo 50 do CP instrumentalizam a garantia constitucional da *presunção de inocência* (WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução antecipada da pena – a revisão da Súmula n. 267 pelo STJ*, p. 882).

[4] ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro, passim*.

[5] Proposições de "valor geral" que operam como condicionantes e orientadores de sua compreensão, GOULART, José Eduardo, *Princípios informadores do direito da execução penal*, p. 86.

da pena *após o trânsito em julgado da sentença condenatória* e a Constituição Federal abraçou esse modelo e, em meu juízo, transformou-o num paradigma que não admite relativização. Sobre o nosso ordenamento jurídico, defendi que a revisão do julgado penal condenatório é direito público que impede o cumprimento precário de uma pena, que só pode ocorrer a partir de medida cautelar idoneamente fundamentada.[6] Isso significa que não poderá haver execução de pena criminal sem que exista a imperativa demonstração de sua necessidade, uma vez que qualquer decisão, principalmente aquela que priva a liberdade, deve ser convincentemente motivada. Evidentemente, que o racional deriva do modelo processual acusatório adotado por nossa Constituição Federal, no qual *a liberdade é a regra*.

Desta forma, para que exista imposição de medida restritiva de liberdade decorrente de decisão penal condenatória sem trânsito em julgado, não é suficiente o argumento *ex lege* de que os recursos federais, especial e extraordinário, não possuem efeito suspensivo. É argumentação particularizada, vazia e desacompanhada da visão do sistema normativo. Não estou, com isso, aceitando certo relativismo do princípio da *presunção de inocência*. Bem ao contrário, anoto de forma incisiva que o encarceramento provisório ou a imposição de qualquer medida restritiva diversa é hipótese *excepcionalíssima*, que deriva de processo penal regular, sob o exercício da ampla defesa e do contraditório.

III. RECURSOS FEDERAIS E AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO – *A LEI N. 8.038/1990 E O EQUÍVOCO DA DISCIPLINA DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO A PARTIR DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL*

Após a publicação da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 8.038/1990 especificou regras procedimentais perante o STJ e o STF e disciplinou que os recursos nos tribunais superiores *serão recebidos no efeito devolutivo* (artigo 27, § 2º). Seguindo uma *teoria geral do direito processual*, a lei tratou

---

[6] TUCCI, Rogério Lauria. *Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória*, p. 250: "Como já tive a oportunidade anotar, em diversos escritos (v. por todos *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*...), segundo o transcrito mandamento constitucional, tem o cidadão envolvido numa *persecutio criminis* o direito à não consideração prévia de culpabilidade, isto é, o de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de *decisum* condenatório."

simultaneamente dos recursos excepcionais no âmbito dos processos civil e criminal.[7] Em razão do erro legislativo e para evitar ainda mais confusão, adoto a expressão "execução antecipada da pena criminal" em detrimento de "execução provisória da pena", justamente para não atribuir conceito semelhante à execução provisória que ocorre em outras esferas do Direito, como a cível e a administrativa. A legislação do início da década de 1990 disciplinou as regras dos recursos excepcionais que atacam decisão condenatória criminal e estabeleceu a *ausência do efeito suspensivo*. Isso oportunizou, num olhar menos atento, uma espécie de cumprimento automático e obrigatório de penas criminais, a partir dos julgamentos no segundo grau de jurisdição.

Ocorre que, a partir do sistema normativo constitucional brasileiro, não há espaço, como fez a Lei n. 8.038/1990, para a exclusão burocrática do efeito suspensivo dos recursos federais, ainda que sejam excepcionais. Operando simultaneamente, o legislador infraconstitucional estabeleceu a possibilidade de "execução provisória" no juízo cível, mediante efetiva garantia patrimonial. Ato contínuo ferreteou o princípio da *presunção de inocência* com a hipótese de "execução antecipada da pena criminal".

Ao lado de Salo de Carvalho, tive oportunidade de publicar uma crítica à antecipação da pena criminal, quando advertimos que o artigo 27, § 2°, da Lei n. 8.038/1990 densifica o sistema inquisitivo projetado no velho CPP. Aliás, a experiência forense revela que a pena antecipada acaba por ser definitiva, pois geralmente o recorrente cumpre a integralidade da pena antecipada antes que sejam julgados seus recursos nos Tribunais Superiores. Logo, não há como excluir o efeito suspensivo dos recursos criminais, especial e extraordinário, tratando, desde uma teoria geral superada, paritariamente os processos civil e penal, cujo objeto e finalidade são absolutamente distintos.[8] Volto a timbrar, no processo civil é possível uma "execução provisória" do título judicial mediante prévia garantia real ou fidejussória; no processo penal, ao contrário, trata-se de uma "antecipação de pena", sendo impossível a reversão de suas consequências.

---

[7] Uma lei sempre está inserida em determinado momento histórico. Sobre legislações que agrediram o texto constitucional, vale relembrar a Lei n. 7.960/1989 (*da prisão temporária*), a Lei n. 8.072/1990 (*dos crimes hediondos*, que estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado) e suas alterações (Lei n. 8.930/1994 e Lei n.9.677/1998).

[8] WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução antecipada da pena – a revisão da Súmula n. 267 pelo STJ*, p. 451-452.

É certo que numa *proposta garantista de base jusfundamental*[9], o ordenamento jurídico concebe, aos litigantes que se sentirem lesados em seus direitos, o poder de reexame das decisões judiciais – *uma renovação do exame do caso penal como meio de proteção e segurança*. Justas ou injustas, corretas ou ilegais, as decisões dos colegiados estaduais e regionais federais estão sujeitas ao reexame pelos órgãos judiciais de hierarquia superior. O racional é fruto da própria estrutura do Estado, que foi projetado em graus de jurisdição, e deriva da legalidade penal e sua garantia processual, a garantia jurisdicional executória (princípio de garantia processual na execução da pena).[10]

IV. STF E A "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA CRIMINAL" – *AVANÇO E RETROCESSO*

Passados 30 anos da Constituição Federal, temos um cenário de tristeza e de desesperança na execução penal no Brasil. É cediço que o Direito Penal atual produz um preocupante processo de encarceramento, promovido, sobretudo, pelo aumento dos discursos autoritários. E, para além disso, não conseguimos resolver o problema das prisões brasileiras, ainda que a LEP e a Constituição Federal tenham trazido uma série de garantias aos presos. Vivemos 30 anos de Constituição Federal e as prisões seguem sendo locais fétidos e de degradação da vida humana.

Além da situação caótica do sistema prisional e da preocupação com o grande encarceramento, há forte razão para discutir novamente a questão da "execução antecipada da pena criminal" – *a variação jurisprudencial no STF* e a *insegurança jurídica* dela decorrente. Em curto espaço de tempo ocorreu visível oscilação jurisprudencial na Corte Suprema.

A saber, recorto *três* momentos recentes de enfrentamento do tema pelo STF: o *primeiro*, quando houve a manifestação no sentido da constitucionalidade da "execução antecipada da pena", que durou até o ano de 2009; o *segundo*, quando o STF revisou a posição de constitucionalidade com a consequente

---

[9] FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 67: "O Estado constitucional de Direito é reconhecidamente o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista. Estado constitucional de Direito e garantismo são realidades auto-referentes, apontando, em conjunto, para formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais."

[10] GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* p. 71.

declaração de inconstitucionalidade de tal medida, orientação que perdurou até o ano de 2016, quando se iniciou o *terceiro* momento, que sufragou a possibilidade de "execução antecipada da pena", em verdadeiro *retrocesso jurisprudencial*, com entendimento que vem sendo consagrado, por apertada maioria, até a presente data.[11]

Nos debates produzidos no STF, merecem especial exame os votos dos Ministros Eros Grau (*Habeas Corpus* 84.078 – precedente que inaugura a vedação da execução antecipada da pena), Teori Zavascki (*Habeas Corpus* 126.292 – entendimento de que a *execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recursos especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência.*), Luiz Edson Fachin (Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44) e Luiz Roberto Barroso (no precedente conhecido como o "Caso do Ex-Presidente Lula" – *Habeas Corpus* 152.752, que teve início a partir da ordem de prisão embasada na súmula 122 do TRF da 4ª Região – "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário")[12].

O tema da "execução antecipada da pena criminal" ainda é atualíssimo, com ampla repercussão na doutrina, na jurisprudência e na vida dos jurisdicionados, fundamentalmente a partir dos recentes julgados do STF, definidos sempre por apertada maioria de votos, em votação de seis contra cinco, o que revela, o quanto menos, gravidade ímpar em razão da *dúvida.*[13]

---

[11] Sobre as posições adotadas pelo STF, vale consultar a pesquisa de CALEFFI, Paulo. *Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial*, p. 51. Também: *Presunção de inocência e a constitucionalidade do art. 283 do Código de processo Penal: com a palavra o Supremo Tribunal Federal*, p. 456.

[12] Diz: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário."

[13] A resistência dos Ministros do STF contrários ao entendimento majoritário tem sido corriqueiramente constatada, a ver: STF, 1ª Turma, Medida Cautelar no HC 141.342/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. monocraticamente 23/03/2017; STF, 2ª Turma, HC 147.452/MG, Rel. Min, CELSO DE MELLO, j. monocraticamente em 28/09/2017; STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no HC 151.430/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 03/09/2019, empate com prevalecimento do voto favorável; STF, 2ª Turma, HC 164.696/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. monocraticamente em 04/12/2018; STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no RE 1.175.109/MG, Rel. Min. RIARDO LEWANDOWSKI, j. em 12/04/2019, por

Diante da variação jurisprudencial, vale reproduzir o acertado voto do homenageado Ministro Eros Grau, por ocasião do exame do *Habeas Corpus* 84.078, julgado no ano de 2009 e que colocou fim àquela época ao tormento da antecipação da pena criminal no Brasil:

> A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se 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.

Fazendo coro ao Ministro Eros Grau, não há outra alternativa que não seja a de *resistir* fortemente contra o discurso falacioso dos "impactos negativos" originários do impedimento do cumprimento da pena antecipada no Brasil. Tenho escutado, sem muita surpresa, que a falta de execução provisória da pena contribui para o aumento de interposição de recursos criminais protelatórios, que existe certa seletividade do sistema punitivo, pois só aquele que reúne condições para contratar bons advogados é que recorre aos Tribunais Superiores e, ainda, que há descrédito da justiça penal junto à sociedade em razão da demora na punição, com a criação de uma suposta sensação de impunidade. Contudo, nenhum dos argumentos, invocados até mesmo por figuras jurídicas importantes, tem capacidade de convencimento, em meu juízo.

A "execução antecipada da pena criminal" só pode ser concebida a partir de grave fissura no texto constitucional brasileiro, tal como ocorreu nas históricas sobreposições do interesse social ao interesse individual – a prisão originária da sentença de pronúncia e/ou a prisão como condição para apelar da sentença, por exemplo.

A pena só pode ser executada após o esgotamento das possibilidades de modificação do veredito condenatório, justamente porque o recurso criminal é compreendido como um *fiel instrumento de garantias*, um remédio contra a arbitrariedade e o abuso judicial. Em busca de celeridade, pois outra razão não existe, não se deve admitir a violação da garantia do cidadão no seu direito de ver a prestação jurisdicional ocorrer às inteiras. Recorrer é um direito previsto em lei e não se trata, portando, de subterfúgio ou procrastinação, mas de buscar maior segurança jurídica. Já tive a oportunidade de escrever e agora

---

maioria e, ainda, STF, 2ª Turma, HC 161.140/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. monocraticamente em 05/06/2019.

reafirmo que o recurso na seara criminal tem um fundamento normativo político-constitucional, absolutamente necessário para o sistema jurídico-constitucional estabelecido em graus de jurisdição.[14]

Em monografia específica sobre o assunto, Gustavo Vitale adverte de forma objetiva que "antes del pronunciamiento de una sentencia de condena no existe título jurídico válido para encerrar a nadie en una prisión". E, seguindo Maximiliano Rusconi, define o autor:

> El derecho subjetivo de punir por parte del Estado debe materializarse por medio del único título que puede exhibir para desvirtuar legítimamente el derecho de un ciudadano a su libertad personal: la sentencia condenatoria. De ahí que exista una vinculación sustancial entre este principio y el nulla poena sine iuditio. Antes de este momento procesal no es legítimo que el ciudadano sufra ninguna restricción en su derecho a la libertad fundada en el poder de reprimir del Estado (...)[15].

Lastimo que a última postura do STF, ao superar o precedente do Ministro Eros Grau e aceitar o cumprimento antecipado da pena, seja de *retroatividade maléfica de sua jurisprudência*. Atendendo reclamos sociais, os julgados atuais caminham na contramão da Constituição Federal e prejudicam os jurisdicionados. Mais, a oscilação apontada nos julgados do STF tem causado um grave desajuste, derivado da flexibilização do postulado da *presunção de inocência*, acarretando um forte impacto no nosso superlotado sistema penitenciário.

V. PRESO PROVISÓRIO – *AS GARANTIAS NA TERATOLÓGICA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA CRIMINAL"*

A "execução antecipada da pena criminal" é o instrumento mais potente do Estado no exercício de seu poder punitivo. Em razão de sua provisoriedade, é um mecanismo ainda mais severo, do que a pena criminal definitiva, justamente em razão de seus efeitos, quando há posterior reversibilidade do julgado condenatório nas Cortes Superiores. A verdade é que a execução de uma pena criminal sem o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, determinada em razão da falta de efeito suspensivo aos recursos federais, logo, desacompanhada de um decreto idôneo que confirme a necessidade da medida cautelar, é absolutamente *nefasta*. Trata-se de clara manifestação *draconiana*

---

[14] WUNDERLICH, Alexandre. *Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro*, p. 15-46.

[15] VITALE, Gustavo. *Encarcelamiento de presuntos inocentes,* p. 143.

do Estado, pois representa o cumprimento de uma pena precária, que invariavelmente se torna irreversível – *o mal imposto é grave e cruel*.

Por outro lado, a antecipação da pena tem uma *dupla face*, já que pode até ser encarada numa perspectiva *garantista*, quando o preso provisório torna-se portador de todos os direitos do preso definitivo, ainda que sempre seja *teratológica*[16], justamente em razão de sua absoluta incerteza.

Depois de mais de uma década da publicação da primeira versão de presente texto, obrigo-me a repetir que não se pode desconhecer que, diante das circunstâncias impostas por um sistema que nem sempre cumpre a Constituição Federal, na excepcionalidade a execução antecipada da pena serve de veículo para a efetivação de garantias no âmbito da execução penal. Se o mal foi imposto antecipadamente, se a prisão tornou-se inevitável, devem ser minimizados os seus efeitos a partir da formação do processo de execução criminal. Logo, ante a antecipação da pena, é direito do preso a formação do processo judicial de execução para que sejam efetivados todos os seus direitos.

É forçoso reconhecer que, diante das circunstâncias excepcionais do cumprimento de pena em razão da ausência de efeito suspensivo aos recursos federais, é imperativo que seja oferecido a todo acusado que cumpre medida restritiva *provisória* a integralidade dos direitos do condenado *definitivo*. A "execução antecipada da pena criminal", diante da barbárie do sistema punitivo – inflação penitenciária e degradação da vida humana –, deve, ao menos, auxiliar na equalização desses direitos.[17]

VI. APONTAMENTOS FINAIS – *É PRECISO RESISTIR*

Numa definição bem simples, enquanto o processo indica movimento para frente, o recurso denota movimento para trás. Recurso, pela partícula iterativa – *re* –, significa renovação. O substantivo latino – *cursus* – expressa novo curso. No sentido jurídico, voltar no curso do processo significa iteração do

---

[16] KUEHNE, Maurício. *Considerações sobre a execução provisória da sentença penal*, p. 100: "À primeira vista, uma execução provisória evidencia ideia de ilegalidade, de injustiça ou de arbitrariedade, pois a condenação pode ser desfeita em recurso. Não se deve olvidar, entretanto, que em muitos casos a execução provisória da pena privativa de liberdade será favorável ao condenado."

[17] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 288: "o reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso."

pedido ou reclamação por novo exame. O recurso é instrumento de efetivação das franquias do contraditório e ampla defesa, bem como o reforço da presunção da não culpabilidade do recorrente até o trânsito em julgado da sentença penal. Assim, o recurso não pode ser visto como um empecilho à efetividade exigida pela sociedade da pressa, que impõe uma expectativa de punição a partir de um processo com decisão rápida.

Em meu sentir, admitir a antecipação do cumprimento da pena criminal, apenas com base na ausência de efeito suspensivo ao recurso que pende de processamento e julgamento, ofende o princípio do favor *libertatis* e o *estado de inocência*[18]. Ante o quadro imposto pela última orientação jurisprudencial do STF, outro caminho não há que não seja o de *resistir* e, assim, *afiançar* e *garantir* a integral defesa dos interesses individuais – na linha do que fez o Ministro Eros Grau.

Sigo defendendo, uma vez mais, que temos que compreender a Constituição Federal como lei superior e orientadora do processo penal. Portanto, nada justifica o estado coercitivo antecipado e a consagração da irreversibilidade do cumprimento de uma pena indevida.

É lógico que o *princípio da presunção da inocência* supre a ausência de previsão legal de suspensividade da eficácia da sentença condenatória atacada via recursos especial e extraordinário. O acesso aos recursos, direito ao duplo grau de jurisdição e do devido processo penal, deve ser considerado como uma *garantia processual constitucionalizada*[19], como um direito inegociável, ainda que a legislação possa evoluir e o modelo de jurisdição seja aperfeiç*oado. É preciso resistir, com a esperança de que o STF volte a reafirmar a presunção de inocência, consagrando que nenhum inocente cumpra ilegalmente uma pena criminal, pois* "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

---

[18] GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 99.

[19] DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *El derecho de aceso a los recursos*: *doctrina constitucional* e YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Derecho al recurso en el Proceso Penal*: *nociones fundamentales y teoría constitucional*.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALEFFI, Paulo. *Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CALEFFI, Paulo. "Presunção de inocência e a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal: com a palavra o Supremo Tribunal Federal". In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; RUTTKE, Alberto; FELDENS, Luciano. *Garantias penais: estudos alusivos aos 20 anos de docência do Professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, p. 455-480.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *El derecho de aceso a los recursos: doctrina constitucional*. Madrid: Colex, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madrid: Colex, 1990.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

KUEHNE, Maurício. "Considerações sobre a execução provisória da sentença penal". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul./set. 1995, p. 97-107.

MORAES, Maurício Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. "Breves considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro". In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Política criminal contemporânea*: *Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 285-303.

PRADO, Geraldo. "Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da convenção americana de direitos humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier". In: BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105-119.

TUCCI, Rogério Lauria. "Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória". *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* ano 9, n. 33, p. 9-62.

VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

WUNDERLICH, Alexandre. "Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada". In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*: *doutrina, jurisprudência e projetos legislativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 429-446.

WUNDERLICH, Alexandre. "Por um sistema de impugnações no Processo Penal Constitucional brasileiro". In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito Penal e Processo Penal*: *em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15-45.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. "Crítica à execução antecipada da pena (a revisão da Súmula n. 267 pelo STJ)". In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*: *doutrina, jurisprudência e projetos legislativos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 447-452.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL

Ari Benedito Junior[1]

INTRODUÇÃO

A teoria dos jogos é um ramo da matemática criado para estudar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais agentes de decisão interagem ente si. Com aplicação em diversos campos, a teoria tem sido utilizada principalmente na economia com o objetivo de antecipar as ações dos agentes econômicos e na escolha das melhores estratégias para maximizar os ganhos.

Uma vez que o processo penal também está sujeito a interações e comportamentos decisórios, a teoria dos jogos pode acrescentar grandes contribuições na compreensão desta dinâmica de interação na relação processual, que seja mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

No processo visto como um jogo há pelo menos dois jogadores – acusação e defesa – que interagem entre si e tentam aplicar as melhores estratégias para que cada um alcance um resultado favorável, mediadas por um juiz.

Pensar o processo penal por esta perspectiva permite, dentre as várias possibilidades, a definição das funções de cada um desses jogadores, principalmente, a definição das funções do juiz que não pode mais ser entendido como um jogador, mas como um terceiro imparcial[2].

---

[1] Advogado criminalista. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

[2] No sistema inquisitório que certamente não se apresenta adequado ao exigido pelo Estado Democrático de Direito, confundiam-se as funções do acusador e do julgador na mesma pessoa.

Para a existência de um jogo processual de resultado legítimo, é necessário que se estabeleça um conjunto de regras e premissas compartilhadas entre estes jogadores e o julgador, de forma que cada parte possa definir quais seriam as melhores estratégias, avaliar ganhos, perdas e riscos, sendo o resultado validado por este terceiro imparcial.

O eixo de equilíbrio de todo este sistema encontra-se, então, na posição do julgador, impedido de beneficiar qualquer dos lados (garantia de sua imparcialidade), e impedido de formar juízos de culpa *a priori* (garantia da presunção de inocência).

Pretendemos com o uso da teoria dos jogos apresentar novos elementos que enriqueçam as discussões sobre o papel do juiz neste jogo mais compatíveis com as exigidas no Estado Democrático de Direito, principalmente em garantir o princípio da presunção de inocência.

1. O QUE SE ENTENDE POR PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com antecedentes históricos no direito romano, o princípio da presunção de inocência até a prova em contrário foi completamente ofuscado pelas práticas inquisitoriais da idade média, sendo que no processo penal medieval, uma dúvida ou suspeita sobre a culpabilidade equivaleria a uma semiprova, que levaria a um juízo de semiculpabilidade e por consequência a uma semicondenação, a uma pena mais branda[3].

No período moderno a presunção de inocência encontrou seu marco inicial na Declaração dos Direitos do Homem de 1789[4], e foi acolhida pela Constituição Brasileira de 1988[5].

A inocência é um estado em que todos nos encontramos em um Estado Democrático de Direito, e decorre da própria ideia de liberdade. Quando um indivíduo se vê na posição de investigado por um fato delituoso, deve funcionar em favor dele um conjunto de garantias para que estes fatos sejam apurados. A

---

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506

[4] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acessado em: 03/08/2019.

[5] BRASIL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL -88 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 03/08/2019.

presunção de inocência assume assim a função de postulado fundamental do processo penal e pressuposto de todas as demais garantias do processo.

O senso comum erroneamente fala em provar a inocência, mas o que de fato se deve ocorrer é o contrário: deve se provar é a culpa.

A partir do parâmetro constitucional brasileiro e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Aury Lopes aponta que a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (exige que o réu seja tratado como inocente), e atua em duas dimensões:

> Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto - inicialmente - 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;
>
> Na dimensão externa 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 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[6].

A garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), funciona como uma espécie de áurea que cobre todo o investigado, indiciado ou acusado de possível fato delituoso. Dentro do jogo processual cabe ao acusador retirar esta áurea e ao defensor cabe mantê-la. Dessa forma é dever do Estado demonstrar além de qualquer dúvida razoável a culpa do acusado, e caso não obtenha sucesso em seu objetivo, este deverá ser considerado inocente.

2. AINDA SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: MAS PORQUE DEVEMOS PRESUMI-LA?

Defender a importância da garantia da presunção de inocência no atual momento punitivista em que se encontra o sistema processual penal brasileiro não é uma tarefa simples.

O discurso punitivista ganhou enorme força na conjuntura atual com operações policiais sendo divulgadas constantemente pela mídia, e acompanhadas pela população diariamente como capítulos de uma novela. Membros do Poder Judiciário chegam a declarar de maneira explicita a necessidade de

---

[6] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

apoio da grande mídia para deslegitimar o poder político[7], quando estas operações são dirigidas a parlamentares ou ocupantes de cargos no executivo.

A principal consequência deste punitivismo, em especial quando há participação do Poder Judiciário, é o enfraquecimento do Estado democrático de Direito, cuja sustentação passa pelo fortalecimento de suas instituições, pela independência e pela harmonia entre os poderes.

Em voto emblemático no HC 95.009-4, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, advertia sobre os riscos ao sistema acusatório causado pela atuação de alguns juízes:

> Não vivemos ainda um tempo de guerra, um tempo sem sol, embora de quando em quando o sintamos próximo a nós. Sobretudo quando os que nos cercam assumem a responsabilidade pelo combate ao crime e aos criminosos, atribuindo a si mesmos poderes irrestritos, transformando-se em justiceiros. Milícias que em outros tempos faziam-no as escondidas agora se reúnem nas casas ao lado das nossas, entre nossos irmãos e amigos. Combate-se o crime com o crime, os linchamentos ocorrendo cotidianamente.
>
> (...)
>
> O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do art. 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I)
>
> (...)
>
> Isso tem sido, no entanto, ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes de Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório.[8]

A advertência do Ministro Eros Grau ainda serve de alerta. As sociedades estão em constante mudança, em constante evolução. Os sistemas processuais precisam estar adequados às mudanças caso contrários, há perda de legitimidade. Não nos parece adequada ao atual estágio do Estado Democrático de Direito uma postura por demais proativa, inquisitiva do juiz, participando ou coordenando investigações preliminares. Após esta inevitável contaminação

---

[7] SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão a lava jato.* Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 219.

[8] GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional – Direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97 e 98.

de percepção como garantir a presunção de inocência? Mas como (re)definir o papel do juiz com o auxílio da teoria dos jogos?

Nossa percepção de mundo está ligada a nossos sentidos e a nossa capacidade cognitiva. Por todo o tempo, somos encorajados a perceber e elaborar juízos sobre eventos a nossa volta.

Nossa herança do pensamento grego, berço de nossa civilização, principalmente a partir dos estudos de Aristóteles em seu trabalho sobre as Categorias[9], nos condiciona a um *modus operandi* específico: ao receber os dados externos somos impelidos a catalogá-los, a colocá-los em alguma "caixinha" mental preexistente. Enfim, separamos, classificamos e formamos juízos.

Com importante estudo na área da psicologia comportamental, O prémio Nobel de economia Daniel Kahneman buscou compreender como formamos juízos que orientem nossos comportamentos decisórios. Todos nós acreditamos que o homem por ser dotado de razão é capaz de conter seus instintos e emoções e de avaliar, objetivamente dentre várias escolhas qual seria a mais vantajosa naquele contexto.

Pois Kahneman defende que o que ocorre é exatamente o oposto, e demonstra como toda esta crença é ilusória e de como estamos expostos a influências que podem minar nossa capacidade de julgamento.

Para Kahneman nossa mente funciona basicamente de duas formas: uma rápida e intuitiva, que controla a atividade cognitiva automática e involuntária e outra mais devagar, porém mais lógica e deliberativa, que é utilizada para tarefas que demandam concentração e controle. A interação dos dois sistemas nos permite realizar tarefas complexas e sofisticadas, mas também pode ser fonte de erros quando nos deixamos influenciar por estereótipos e outros fatores e quando a reflexão não é utilizada para corrigi-los[10].

Aury Lopes faz importantes apontamentos sobre a garantia da imparcialidade do juiz em um texto sobre a perspectiva da teoria da dissonância cognitiva[11], a partir dos estudos feitos por Bernd Schunemann e organizados por Luis Greco, onde a teoria foi aplicada diretamente ao juiz.

---

[9] ARISTÓTELES. *Organon: livro I categorias. Coleção filosofia e ensaios*. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

[10] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cassio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

[11] LOPES JUNIOR, Aury. *Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acessado em: 24/07/2019.

A teoria da dissonância cognitiva que foi desenvolvida pela psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo perante duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas e incompatíveis, e que por este motivo são geradoras de uma situação de desconforto e estresse. Com o objetivo de reduzir este nível de estresse o indivíduo busca encontrar um ponto de equilíbrio, reduzindo o nível de contradição cognitiva. Caso não consiga resolver a situação de dissonância poderiam ocorrer basicamente dois efeitos: a perseverança, superestimando informações anteriores consideradas corretas, ou a busca seletiva de informações que confirmem as informações anteriormente consideradas corretas[12].

O desafio então consiste em retardar ao máximo a formação do juízo, dando oportunidade para que a reflexão atue e possa corrigir nossos eventuais vieses cognitivos.

Dentre os vários institutos do processo penal um dos mais debatidos é certamente o tratamento da produção de uma verdade no processo. Verdade formal, verdade real e mesmo se há uma verdade no processo penal foram alguns dos debates promovidos pela doutrina ao longo do tempo. Merece destaque a discussão sobre o que se convencionou chamar de verdade real, algo que pudesse ser descoberto pela análise das provas de forma objetiva e clara, como se existisse a possibilidade de uma completa reconstrução dos fatos. E neste aspecto, merece destaque a teoria da correspondência, principal linha de fundamentação da teoria da verdade real:

> A teoria da correspondência concebe verdadeira a proposição capaz de reduzir o acontecimento, projetar a ocorrência concreta ou refletir o fato e se escorou na ideia de que a realidade poderia ser perfeitamente refletida através de enunciados, ou seja, entende possível a existência de uma verdade absoluta como imagem do mundo real.
>
> Essa corrente filosófica considera que a verdade de uma sentença ou enunciado consiste em sua coincidência com a realidade, operação esta na qual se estriba o tradicional e ultrapassado objetivo do processo penal: a averiguação objetiva da verdade histórica.[13]

Diversos são os críticos desta pretensão de obtenção de uma verdade real no processo penal.

---

[12] LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit.

[13] PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 81.

Felipe Martins Pinto aponta que a aplicação da teoria da correspondência na obtenção de uma verdade real encontra obstáculos de ordem ideológica, teórica e prática[14].

A impossibilidade ideológica ocorreria pela estreita ligação existente entre a verdade como correspondência e o método inquisitivo, onde a apuração dos fatos se sobrepunha a limites e regras estabelecidas, a direitos e garantias, subvertendo a ordem da sociedade e potencializado uma estrutura de opressão.

A impossibilidade teórica ocorreria pelo fato de que a verdade não é simples fenômeno do mundo real, que exista independente da mente humana, e está sujeita a inúmeras contingências da linguagem.

Por fim, a impossibilidade prática ocorreria em função da própria limitação humana em afastar todas as contingências inerentes ao próprio modelo de apuração (ora, a lei não se aplica por si, sem a presença do homem como agente interventor no processo)[15].

Alexandre de Morais da Rosa, já analisando o processo penal pela teoria dos jogos, aponta que o grande passo para se poder jogar no processo penal é aceitar a incerteza e a dúvida, sendo que o máximo que podemos ter são evidências, indícios, provas corroboradoras, com maior ou menor grau de probabilidade[16], e define ainda:

> Em vez de nos perguntarmos se o fato está provado, deveríamos perguntar: em qual probabilidade o fato está provado? O acúmulo de indicadores convergentes a tese acusatória é que poderá autorizar uma decisão condenatória, sem que nunca – nunca mesmo – se saiba como se deu o acontecimento no mundo da vida que é julgado.

Pelo o que aqui foi exposto, sustentamos ser imprescindível a defesa de um sistema processual penal que estabeleça a presunção de inocência como seu pressuposto fundamental, dirigida principalmente ao julgador, que deve ainda, garantir a ocorrência do jogo, dentro das regras.

---

[14] PINTO, Felipe Martins. Op. cit., p. 83.

[15] PINTO, Felipe Martins. Op. cit., p. 85 a 87.

[16] ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 258.

3. A TEORIA DOS JOGOS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Embora a teoria dos jogos seja um campo da matemática destinado a estudar comportamentos dentro de situações de conflito, no campo do Direito seus conceitos ganham novos sentidos dadas as particularidades deste campo. E de fato precisam ser pensados desta forma, uma vez que o que se pretende é aproveitar conhecimentos vindos da teoria dos jogos para enriquecer as reflexões do processo penal e não o contrário. Basta pensarmos que o clássico "Dilema do prisioneiro" não teria muita aplicação para as reflexões jurídicas em um ambiente onde o advogado teria contato com os dois prisioneiros.[17]

Não pretendemos também com o uso da teoria dos jogos substituir a Teoria do Direito, mas apenas fornecer uma nova ferramenta para o estudo do processo penal, sobretudo na dinâmica existente na interação entre as partes.

Os estudos iniciais sobre a teoria dos jogos procuraram estudar os chamados jogos de soma zero, onde o ganho de um jogador significa a perda para o outro jogador. Entretanto o processo penal não se enquadra em um jogo de soma zero, ou dito de outra forma, o ganho de um jogador não significa necessariamente a perda para o outro.[18]

O resultado do jogo não depende exclusivamente apenas da atuação de um jogador. Há expectativas de um comportamento estratégico, baseado no pressuposto de ações racionais dirigidas a obtenção de um resultado favorável. Com estas estratégias busca-se maximizar a possibilidade de ganho e diminuir a possibilidade de perdas. Trabalha-se assim com a administração de um risco.

Não se quer também simplificar toda a dinâmica do processo penal a apenas um jogo. Buscamos acrescentar novos olhares, a pensar o processo penal a partir do que ele é, e não apenas do que ele deveria ser. Inegavelmente existem esta interação e esta definição de estratégias entre as partes e acreditamos que

---

[17] No clássico dilema do prisioneiro, dois acusados são postos cada um em uma cela, sem a possibilidade de se comunicarem um com o outro. Uma autoridade promete a cada um deles uma pena reduzida caso faça uma delação do outro, como por exemplo, um ano, sendo que o delatado ficaria sujeito a uma pena de dez anos. Caso nenhum dos dois resolva fazer a delação, ficariam sujeitos a uma pena intermediária, por exemplo, cinco anos para cada prisioneiro. O dilema consiste em saber ou imaginar se algum prisioneiro fará a delação primeiro ou se resistirão em não fazer. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Dilema_do_prisioneiro>.

[18] ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 192.

repensá-la a partir da teoria dos jogos poderá trazer significativas contribuições para a construção de um processo penal mais perfilado ao modelo exigido pelo Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, temos então, um jogador acusador, um jogador defensor e um julgador imparcial, e a presunção de inocência é um pressuposto de todo este sistema e, desta forma, deverá impor fortes restrições a todos os jogadores.

Na formação desta relação processual na visão da doutrina tradicional[19], o juiz assume uma posição de destaque entre as partes, imbuído de uma difícil missão, como percebemos na seguinte transcrição:

> O juiz deve realizar o sonho do matemático e a aspiração do alquimista: a quadratura do círculo e a transformação dos outros metais em ouro. Impossível? E não obstante deve! Tem que adequar a lei inflexível à flexibilidade dos fatos: transmudar a miséria dos materiais humanos no ouro das soluções perfeitas.[20]

E para descobrir a verdade o juiz deve contar com a as partes em colaboração, não em disputa:

> Colaboração e não luta. Esse modo de fazer as coisas decorre do fato de que a experiência demonstra ser o debate a melhor maneira de chegar à verdade. A discussão ilumina o caminho para ela e remove os obstáculos que lhe dificultam o alcance. Enquanto no litígio as partes estão em conflito, no processo elas se acham em oposição dialética. O juiz deve chegar ao conhecimento da verdade: para isso ele tem duas vias: procurá-la sozinho (processo inquisitório) ou ter a colaboração dos interessados (processo acusatório).[21]

Superada a questão do mito da busca da verdade real já discutida anteriormente, pensando a dinâmica entre as partes como em uma disputa e não como em colaboração, o processo ganha novas perspectivas.

O processo penal é um jogo dinâmico de informações incompletas[22], *onde se precisa entender contra qual jogador se está jogando e qual o julgador a quem se dirige a informação,* que por natureza será sempre incompleta, uma vez que existirão fases posteriores com o surgimento de novas informações, como a instrução probatória.

---

[19] TORNAGUI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 141.

[20] TORNAGUI, Hélio. Op. cit., p. 155.

[21] TORNAGUI, Hélio. Op. cit., p. 157.

[22] ROSA. Alexandre Morais da. Op. cit., p. 202.

Por exemplo, a defesa pode escolher linhas defensivas completamente diferentes se souber com antecedência se determinado promotor ou juiz é adepto do funcionalismo ou do finalismo.

As partes podem também mudar de táticas no decorrer do jogo, tendo em vista possíveis ganhos ou perdas, sempre que avaliar forças ou fraquezas no outro jogador.

O processo penal seria também um jogo de participação assimétrica, onde a participação das partes não se dá em completa igualdade, pelo menos quanto ao ônus probatório em decorrência do nosso pressuposto que fundamenta todo o sistema: a presunção de inocência.

Ao se iniciar o jogo processual com o oferecimento da denúncia pelo jogador-acusador, é deste todo o ônus probatório para que se prove a sua culpa.

Ao juiz seriam destinados precipuamente dois papéis: assegurar a presunção de inocência e garantir que o jogo seja disputado dentro das regras.

E as regras do jogo são definidas a partir de uma série de premissas: as regras legais (Constituição Federal, Código de processo Penal, Código Penal, legislação penal e processual penal extravagante, decisões vinculantes de tribunais superiores, etc.), e as regras extralegais (posicionamentos dos jogadores e do juiz à cerca do assunto, particularidades do caso em concreto, poder aquisitivo do acusado, grau de exposição na mídia sobre o caso, etc.), ou seja, para cada jogo, sempre haverá uma nova regra. Esta dinâmica torna cada processo único, cada jogo será diferente um do outro.

Para que sejam qualificados como bons jogadores, cada uma das partes, acusação e defesa precisarão sempre avaliar cada uma destas e de outras variáveis para definir as melhores estratégias. Seria até de certo modo ingênuo imaginar que no atual estágio social em que nos encontramos, variáveis como grau de exposição na mídia ou poder econômico do acusado, não pudessem interferir nas regras do jogo.

Mas sempre precisaremos das regras e a mutabilidade delas para cada jogo jamais deve ser confundida com falta de importância para as mesmas.

Caberá ao juiz garantir que o jogo seja jogado tendo como pressuposto do sistema a presunção de inocência e que as regras sejam estabelecidas dentro dos parâmetros e limites constitucionais, inseridos pelo Estado Democrático de Direito.

Sem o juiz não haverá jogo, ou pelo menos não jogo legítimo. Ou como diria uma canção dos anos 90, Exército de um homem só: "Se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é sempre reflexo do momento em que se encontra a sociedade. Nossos desafios estão postos, cabe-nos a tarefa de encará-los com perspicácia e as ferramentas disponíveis em cada época.

O Modelo processual inquisitório não se demonstra adequado ao Estado Democrático de Direito. Nele, a união das funções de acusador e julgador causa significativo prejuízo ao princípio da presunção de inocência, uma vez que o julgador irá julgar algo que ele mesmo já selecionou. Compromete-se a imparcialidade e a legitimidade da decisão.

O modelo de processo penal acusatório parece mostrar-se mais adequado ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, algumas questões se apresentam para o seu aperfeiçoamento.

A primeira delas diz respeito a como de fato efetivar os princípios processuais penais para garantir maior legitimidade, em especial princípios fundamentadores como a presunção de inocência.

Neste contexto, a teoria dos jogos pode se apresentar como importante ferramenta definindo os papéis dos jogadores processuais e as tarefas do juiz.

Sob esta perspectiva, cabe ao juiz além de garantir as regras do jogo (baseadas em fontes legais e extralegais, sendo que cada jogo é único), garantir também a efetividade do princípio da presunção de inocência, postergando ao máximo a sua formação de convicção (uma vez que a realidade se mostra sempre complexa, e nós seres humanos temos sempre uma tendência a formação de juízos *a priori*, baseados em percepções imediatas, dentro de categorias predeterminadas).

O princípio da presunção de inocência precisa ser garantido em sua perspectiva interna (relativa ao convencimento do juiz) e na sua perspectiva externa (proteção da exposição da imagem do acusado).

O juiz não pode ser considerado um jogador sob pena de impossibilidade da existência do jogo processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Organon: livro I categorias. Coleção filosofia e ensaios*. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Trad. Cassio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional – Direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Felipe Marins. *Introdução crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso* – da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

Consultas em meio eletrônico:

BRASIL-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 03/08/2019.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao--de-direitos-do-homem-e-do-cidadao- 1789.html>. Acessado em: 03/08/2019.

LOPES JUNIOR, Aury. *Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal--dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz >. Acessado em: 24/07/2019.

OS DESAFETOS DA CONSTITUIÇÃO E A PRESUNÇÃO DE CULPA NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes[1]
Eduardo Bruno Avellar Milhomens[2]

INTRODUÇÃO

As denominadas organizações criminosas geram, ao mesmo tempo, fascínio e pavor nas pessoas. O planejamento, o envolvimento dos agentes, a distribuição das tarefas, a sincronia, a disciplina e, por que não dizer, a ousadia dos agentes são elementos que instigam os indivíduos e, não sem razão, a indústria cinematográfica explora muito o tema. De outro lado, as incontáveis manchetes que sobrelevam a narrativa fática quanto ao poder e destacam a violência tornam abomináveis quaisquer referências a uma organização criminosa.

Renato de Mello Jorge Silveira afirma que "As alusões ao crime organizado e às organizações criminosas normalmente se dão em ambiente muito mais jornalístico do que científico"[3]. Não bastasse a mídia informativa, a indústria do cinema e da televisão reiteradamente explora, da forma que bem entende, o conceito que quer dar ao crime organizado.

---

[1] Doutora em Direito Penal pela PUC Minas. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC Rio. Advogada. Diretora do ICP e do IBCCRIM. <carla@silenemilhomens.com.br>.

[2] Doutor em Direito Penal pela PUC Minas. Mestre em Ciências Jurídico Criminal pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado. Coordenador Estadual do IBCCRIM em Minas Gerais. <eduardo@silenemilhomens.com.br>.

[3] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William Terra de *et al*. (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 161.

As bilheterias muito bem-sucedidas dos filmes que mostram uma organização de pessoas para a prática de atividades ilícitas – *vide O Poderoso Chefão, Scarface, Pulp Fiction, Os Intocáveis, Cassino, Tropa de Elite, Assalto ao Banco Central,* para citar alguns – revelam o fascínio que o tal fenômeno crime organizado parece exercer sobre a sociedade. Pontualmente diz Eugênio Raúl Zaffaroni:

> Ao generalizar-se nos Estados Unidos a ideia de grande conspiração mafiosa a nível nacional, com organização secreta altamente sofisticada, a mesma passou a exercer no público a fascinação própria de toda conspiração. O atrativo das versões conspiratórias se explica, em parte, porque sempre se produz uma descarga de ansiedade ao saber a quem atribuir a causa do mal, ao mesmo tempo em que se admira a quem pode reter um segredo sem debilidades, porque esta pessoa parece adquirir um enorme poder de domínio[4].

Em razão disso, é fácil notar que a expressão crime organizado vem sendo aplicada indistintamente para se denominar a prática, por várias pessoas normalmente interligadas entre si, dos mais variados delitos – corrupção, jogos de azar, exploração ilegal de recursos naturais, tráfico de animais silvestres, tráfico de drogas, exploração de pessoas, contrabando, lavagem de dinheiro, roubo de carga, estelionato, tráfico de armas, etc.–, isto é, não tem a sociedade uma concepção clara e unívoca do que seria de fato o crime organizado, o que, por si só, já rompe com qualquer segurança jurídica que se possa pretender.

Segundo o escritor britânico David Southwell, "o crime organizado é, com estimativas conservadoras, um negócio de 1 trilhão de dólares, que opera em todos os países do planeta"[5]. E ao que parece, a ruptura das fronteiras em busca da ampliação dos mercados pareceu estimular a expansão de muitas organizações criminosas.

Tem sido comum a proliferação de discursos contra o crime organizado, propagandas e consequentemente leis que apregoam a redução das liberdades individuais em favor da proteção da coletividade como se fossem contraditórias. A associação do temor e do pânico ao argumento da necessidade da ruptura com garantias constitucionais arduamente construídas faz com que se afaste a racionalidade no trato da questão e induza muitos à adesão da ideia de que essa flexibilização é necessária.

---

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime Organizado*: uma categorização frustrada: discursos sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, 1996, p. 48.

[5] SOUTHWEEL, David. *A história do crime organizado*. Ed. Bras. Trad. De Ciro Mioranza. São Paulo: Escala. 2013, p. 6.

André Luís Callegari, ao discorrer sobre Controle Social e Criminalidade Organizada, afirma:

> A nova sociedade globalizada e moderna propiciou o aparecimento de novos riscos e sentimento de insegurança, fatores este que se devem ao desenvolvimento acelerado das grandes cidades, da migração de pessoas, dos avanços tecnológicos, da ausência de fronteiras e da versatilidade do fluxo de capitais circulante no mundo, dentre outros fatores. Em contrapartida, como política de segurança, estabelecem-se rapidamente políticas claramente repressivas vinculadas aos temas de segurança (terrorismo, crime organizado, tráfico de drogas, violência doméstica), o que abre um amplo debate sobre a necessidade ou eficácia destas políticas legislativas criadoras de novas figuras penais ou restritivas de direitos e garantias individuais conquistadas após longos anos.[6]

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, analisando o tema, pontuam:

> A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se emblematicamente em *criminalidade organizada* – delinquência econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais –, enfim, *crimes de colarinho branco.* Essa é, em última análise, a *criminalidade moderna,* que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, *justificando-se,* sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos.[7]

Percebem-se, desde já, alguns pontos de convergência entre os doutrinadores, o de que o incremento das relações sociais teria propiciado também novas formas de cometimento de crimes e a expansão deles rompendo fronteiras; e o de que o Direito Penal não dispunha de mecanismos adequados para a realização do *ius puniendi* nesses casos.

E firmes no fundamento de que o Direito Penal de matriz liberal não é capaz de evitar e punir o crime organizado, de modo geral, o caminho da antecipação da tutela, próprio do direito penal funcionalista, em que garantias são flexibilizadas, vem ganhando destaque.

---

[6] CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 9.

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19/20.

1. O DESMONTE DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS

Em Estados Democráticos de Direito, a correlação entre o poder punitivo e a Constituição deve ser observada minuciosamente, especialmente por ser esta quem norteará a construção e a aplicação daquele, conferindo-lhe legitimidade. Exatamente por se caracterizar pelo uso da violência pelo Estado para manter uma convivência social harmônica, é que o poder punitivo necessita ser justificado e delimitado no Estado Democrático de Direito, sob pena de se tornar um mal ainda maior para a sociedade.

Para que um sistema jurídico assentado no Estado de Direito mantenha a lógica e a coerência, é imprescindível que as leis que o compõem estejam em harmonia com a Constituição de referido Estado; especialmente a lei penal que, por interferir diretamente na liberdade do indivíduo, deve ter seus limites de intervenção bem traçados.

Nesse sentido é que Claus Roxin informa que o Direito Penal não pode ir além do que seja o necessário para tentar preservar uma vida social em harmonia:

> A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.[8]

Exatamente por trazer em si uma força punitiva que o diferencia das demais áreas do direito, é que a linha tênue que separa o Direito Penal legítimo do Direito Penal arbitrário encontra-se na Constituição; ou, em outras palavras, sempre que o Direito Penal guardar consonância com a Constituição será tido por legítimo e, no sentido inverso, quando extrapolar ou não cumprir os limites constitucionais, caracterizará abuso e/ou arbitrariedade.

Do mesmo modo, o Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito deve se sustentar sobre o princípio basilar que é a presunção de inocência – segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado antes de ter contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado –, que serve como anteparo a resguardar o indivíduo do abuso do poder punitivo pelo Estado,

---

[8] ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

A respeito, afirma Enrique Bacigalupo,

> Portanto, os direitos fundamentais são direitos que limitam desde o princípio a autoridade do Estado e operam como fonte de obrigações dele mesmo. Um corte essencial deste sistema consiste em que o exercício de um direito fundamental por um indivíduo não necessita de justificação alguma, mas pelo contrário, a limitação pelo Estado dos direitos fundamentais tem que ser justificada[9]. (Tradução nossa)

Assim, na Constituição da República Brasileira de 1988 é possível encontrar normas que, implícita ou explicitamente, consubstanciam princípios do Direito Penal e de Direito Processual Penal e, ao mesmo tempo, limitam o campo e a forma de intervenção do poder punitivo. Nessa linha, Antônio Pedro Barbas Homem chama a atenção para os novos desafios jurídicos da contemporaneidade:

> As questões radicalmente novas para o pensamento jurídico dos nossos dias resultam hoje do processo de globalização. A interdependência dos Estados, as multinacionais, a Internet, a internacionalização dos laços de solidariedade entre instituições (desde os programas Erasmus das Universidades ao associativismo europeu e mundial de juízes, advogados e procuradores) a deslocalização das empresas, a arbitragem internacional sem ligação específica ao direito de um Estado, o terrorismo global e sem fronteiras – são, de entre muitos, aspectos que mostram o enfraquecimento da figura do Estado e do seu território e a emergência de novos desafios para o Estado e para o pensamento jurídico. Compreender este presente é sem dúvida ainda tarefa da hermenêutica histórica; já não a de adivinhar o sentido da sua evolução futura.
>
> II. O novo regime democrático trouxe também importantes reformas sociais, para além da democracia política, do pluralismo e dos direitos fundamentais.[10]

Na medida em que os direitos de liberdade foram evoluindo, as Constituições acompanharam este desenvolvimento e passaram a delimitar ainda mais as intervenções penais do Estado. Exemplos claros sobre isso se vê

---

[9] Por lo tanto, los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo. Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 13.

[10] BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. Síntese da história do direito. In: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da (Coord.). *Ciências penais*

na consagração de direitos como o da liberdade de culto, de pensamento, de religião, de associação e de reunião.

É facilmente constatável, porém, que a ascensão de novos direitos como fundamentais ensejou uma crise entre as funções e os limites poder punitivo, gerando uma polarização entre o que denominam interesse do Estado de um lado e interesse privado do outro, sobretudo no que se refere às questões econômicas.

Ingo Wolfgang Sarlet precisamente assinala:

> A discussão em torno das funções e limites do direito penal num Estado Democrático de Direito passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é de uma constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar), o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do direito penal.[11]

A tensão gerada entre o processo de abertura das fronteiras econômicas de um lado e a flexibilização de garantias sociais de outro, reforçou a discussão sobre a função e os limites do poder punitivo, propiciando o surgimento de movimentos que asseveram ser imprescindível a *Tolerância Zero* ou a *Lei e Ordem* como fundamentos da segurança da coletividade; e, consequentemente, no campo jurídico, o Direito Penal e o Direito Processual Penal passaram a ser questionados em suas raízes.

A globalização econômica permitiu que grandes conglomerados econômicos multinacionais invadissem os mercados mundiais e transcendessem a imposição econômica, passando a ter reflexos também nas questões culturais e até mesmo de saúde pública. Além do mais, a própria economia, que se apregoava seria firme e próspera com a globalização, revelou-se vulnerável.

Carlo Bordoni comenta que,

---

e teoria do direito em perspectiva: estudos em homenagem ao professor Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 111.

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais***,** São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 79.

> A liberalização das fronteiras, porém, além de ter efeitos significativos para a liberdade e as comunicações pessoais, também abriu caminho a uma torrente de dificuldades econômicas. Uma queda da Bolsa de Tóquio tem repercussões imediatas em Londres ou Milão. Daí a bolha especulativa com títulos podres, que começou na América do Sul e é responsável pelo mais sério colapso de todos os tempos do sistema bancário, infiltrando-se na Europa e desencadeando a presente crise, para a qual não conseguimos ver uma saída.[12]

Eugenio Raúl Zaffaroni, ao discorrer sobre as consequências da globalização no sistema punitivo, destaca que os piores efeitos foram sentidos exatamente nos países de modernidade tardia, pois que a substituição do capitalismo produtivo pelo capitalismo financeiro implicou que os Estados deixassem de ser mediadores entre o capital e o trabalho e se tornassem agentes a serviço das grandes corporações transnacionais.[13] Diz ele,

> Ante o avanço prepotente, avassalador, das corporações transnacionais, que concentram meios que criam realidades e marcam as agendas da política criminal, o direito penal se encontra ameaçado por um totalitarismo corporativo que se disfarça de *liberal* assumindo o discurso de Milton Friedman ou de Friedrich Hayek, que nada tem de *liberal,* a menos se lermos Locke, que limitava a capacidade de acumulação de cada ser humano a todo o que podia consumir, ou a Rousseau em sua famosa nota. [14]

Esse sistema punitivo capitaneado pelo totalitarismo corporativo apregoa exatamente a inversão do discurso penal e processual penal de viés iluminista. José Joaquim Gomes Canotilho demonstra como o discurso "anti-garantístico" pretende se impor:

> Do lado do direito constitucional, as críticas são dirigidas contra o 'garantismo', 'hipergarantismo' ou 'veterogarantismo' que, ao erguer-se a 'cultura

---

[12] BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise.* Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 12.

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El derecho penal ente los riesgos del totalitarismo corporativo*: IBCCRIM 25 anos**.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 39.

[14] Ante el avance prepotente, avasallador, de las corporaciones transnacionales, que concentran medios que crean realidad y marcan las agendas de la política criminal, el derecho penal se encuentra amenazado por un totalitarismo corporativo que se disfraza de *liberal* asumiendo el discurso de Milton Friedman o de Friederich Hayek, que nada tiene de *liberal,* al menos si leemos a Locke, que limitaba la capacidad de acumulación de cada ser humano a todo lo que podía consumir, o a Rousseau en su famosa nota. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El derecho penal ente los riesgos del totalitarismo corporativo*: IBCCRIM 25 anos**.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 39.

> dominante' e 'unidimensionalizante' de criminalistas e constitucionalistas, acabou, malgrado as boas intenções dos seus defensores, por converter-se em 'ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas'. No banco dos réus, sentam-se todos aqueles que continuam a ver no 'poder coercitivo do Estado', mesmo que legítimo, a expressão tirânica da 'raison d'Etat'. A reserva mental com que se procede ao reconhecimento e configuração do poder coercitivo do Estado por parte da 'cultura hipergarantística' justifica e explica a leitura da Constituição à luz de uma pré-compreensão negativa da autoridade do Estado. No plano do direito penal (e processo penal) as refracções do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminísitico-liberal centrada na proteção do *criminoso* com quase completo desprezo da *vítima*. O direito penal do cidadão – o *Bürgerstrafrecht* – equivale a um 'direito penal do criminoso' e o direito constitucional das liberdades e garantias implica a centralidade do 'direito constitucional à liberdade do crime'. Os custos constitucionais e penais do hipergarantismo não devem subestimar-se. Por um lado, radica na cultura hipergarantística o longo e dramático processo das 'desvitimizações'. Só nos tempos mais recentes se conseguiu a 'redescoberta da vítima' e se ousou falar da *carta dos direitos das vítimas de actos criminosos*. Consequentemente, também não é de admirar que o giro antropológico, que no direito constitucional que no direito penal, seja paradoxalmente tributário da 'consciencialização cidadã' provocada pela criminocracia, ou seja, pela criminalização organizada ostensivamente aniquiladora do sistema de direito do Estado de direito democrático-constitucional. A exuberância de *Unrecht* imposta pelos macropoderes criminosos obrigou à dramática revisão dos dogmas garantísticos: deve dar-se prioridade à tutela da vítima em relação à proteção do criminoso; deve afirmar-se como teologia intrínseca do direito penal e processual a tutela do inocente ('das vítimas inocentes') e não do autor considerado culpado. A condensação normativo-constitucional e normativo-penal dos direitos do arguido não é cautelosamente posta em causa, mas insiste-se na injustiça da absolutização dos direitos dos réus culpados quando eles extravasam da tutela da inocência ou da aquisição da verdade e se traduzem, em último termo, na infra-valoração da tutela primária das vítimas (essas, sim, os 'verdadeiros inocentes)[15]. (Tradução nossa)

O agravamento dos índices de violência e a incapacidade do Estado em concretizar a realização dos direitos humanos têm sido apontados como elementos justificadores da restrição dos direitos fundamentais subjetivos; e o resultado,

---

[15] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Terrorismo e direitos fundamentais. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *Criminalidade organizada e criminalidade de massa:* interferências e ingerências mútuas. Lisboa: Almedina, 2009, p. 19-21.

como se verá a seguir, tem sido a inobservância de leis que resguardam a proteção do direito fundamental de liberdade perante a intervenção estatal.

A expansão, cada dia maior, de um sistema punitivo contra o "Inimigo" tem propiciado uma desestabilização das concepções liberais iluministas em que se fundam muitas das Constituições nos Estados Democráticos de Direito.

Esse cenário, portanto, forçosamente implica uma reflexão histórica sobre o homem, seus acertos e seus erros que contribuíram para uma vida em comunidade, em que se almeja, com liberdade, o exercício dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, considerando-se, outrossim, os princípios definidores da forma do Estado e sua importante e necessária relação com o direito punitivo.

Esse retorno à busca de uma "verdade" absoluta, que justifica o emprego da máxima força do Estado na persecução criminal, parece ter retomado força ante o discurso contínuo, e reiteradamente repetido pelos veículos de comunicação, de que a impunidade aumenta a insegurança e a imprevisibilidade da vida em sociedade, agora robustecido pela ideia de que a não há prejuízo em se mitigar a presunção de inocência.

Sim, nossa Constituição parece ter muitos desafetos.

2. NÃO HÁ QUE SE PRESUMIR INOCÊNCIA EM RELAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

As constantes mudanças e adaptações tornam difícil definir legalmente o que se entende por organização criminosa. No entanto, no Brasil, a Lei nº 12.850/2013 tipificou a conduta e, desde então, o que se tem visto é que, raramente, ante a pluralidade de agentes envolvidos na prática de um crime, se vê a instauração de uma investigação que não mencione a organização criminosa. Pode-se dizer que já se presume, inclusive, que se o fato foi praticado por mais de uma agente, por certo se trata de uma organização criminosa.

Basta observar o que ocorre na denúncia dos autos nº *0070002-28.2015.8.06.0001*.[16] A 5ª Promotoria de Justiça do Júri de Fortaleza, estado do Ceará, ofereceu denúncia em desfavor de L.F.R.B., vulgo "Baixinho", sustentando que, em 15 de novembro de 2015, em parceria com outros envolvidos, mediante

[16] Anexo 4. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads%2F1470078226849-denuncia+luis+fabiano.pdf>. Acessado em: 09/01/2019.

unidade de propósitos e fortemente armado, teria perpetrado ataque a tiros à 3ª Companhia do 6º Batalhão da Polícia Militar do estado do Ceará, em Fortaleza.

Diz ainda a denúncia que os demais envolvidos agiram sob a coordenação do denunciado, e que a intenção primeira dos agressores era matar policiais que se encontravam em serviço na referida guarnição, não ocorrendo o intento por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Narrou o Ministério Público que a conduta do denunciado tendo tentado contra a vida de três policiais que se encontravam no interior do Batalhão, amoldou-se, por três vezes, à previsão típica do delito de homicídio tentado, triplamente qualificado nos termos do artigo 121, § 2º, incisos I, IV e VII, c/c artigo 14, inciso II, e artigo 70, *caput,* 2ª parte (por três vezes), todos do Código Penal; artigo 2º, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei nº 12.850/2013; artigo 18 c/c artigo 1º, inciso II, da Lei nº 7.170/1983; c/c artigo 69 do Código Penal; c/c artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990.

O primeiro detalhe que chama a atenção na denúncia em análise diz respeito exatamente ao requisito que, pelo menos aparentemente, é o menos questionável para a caracterização de uma organização criminosa, qual seja, o número mínimo de integrantes.

Na definição constante da Lei nº 12.850/2013, com precisão se diz que o número mínimo de integrantes para caracterização de uma organização criminosa é de quatro pessoas. Ainda que se admita a existência de diversas formas de organização criminosa, o número mínimo de 4 (quatro) integrantes é um requisito sobre o qual não paira dúvida.

No entanto, tal requisito não foi observado, vez que consta apenas um denunciado na inicial. Em sua essência o delito de organização criminosa pressupõe a participação de mais de uma pessoa, logo, incompreensível que se verifique uma denúncia, por organização criminosa, contra um indivíduo apenas.

E ainda que a legislação processual penal brasileira admita que na denúncia, na impossibilidade momentânea de se qualificar o denunciado, sejam apresentados apenas os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo,[17] no caso analisado verifica-se que o Ministério Público sequer indicou quem seriam os demais componentes da organização criminosa ou os elementos que

[17] Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 out. 1941.

pudessem identificá-los, limitando-se a dizer que além do denunciado, "possivelmente quatro indivíduos" teriam praticado o crime.

A indeterminação do número de indivíduos e a impossibilidade de individualização deles rompem, por si só, a integralização do número mínimo de participantes da organização criminosa e, consequentemente, gera prejuízo para o denunciado.

> Consta nos autos que, na data de 15 de novembro de 2015, por volta das 21h30min, a 3ª Companhia do 6º Batalhão da Polícia Militar, localizado na Rua Álvaro Fernandes, nº 90, Bairro Montese, Fortaleza-CE, foi alvo de um ataque perpetrado por vários criminosos armados com pistolas de calibre 40 e 380. Os atiradores estavam agindo sob a coordenação do acusado *L.F.R.B.* e tinham a intenção matar os policiais militares que se encontravam de serviço na referida guarnição. No entanto, não consumaram o seu intento por circunstâncias alheias às suas vontades.
>
> De acordo com os fólios policiais, na noite do crime, um veículo de cor branca, marca BMW, modelo X1, de placa OXK 6879/SP, estacionou em uma das esquinas nas proximidades do quartel da 3ª CIA do 6º BPM. Do veículo desceram possivelmente quatro indivíduos, todos armados de pistola, e passaram a efetuar dezenas de disparos com o fito de atingi os policiais que se encontravam no interior do quartel.[18]

Na sequência, o denunciado foi apresentado como alguém que deve ser temido, apontando-se – sem fazer referência aos elementos probatórios e às sentenças transitadas em julgado –, que ele estava preso por tráfico de drogas, além de responder por homicídio, tráfico, roubo e ter trocado tiros com a polícia em uma "saidinha bancária". Nítida é a violação ao princípio da presunção de inocência, vez que a exordial sequer distingue se as anotações se referem às investigações ou sentenças condenatórias definitivas.

E ainda, absolutamente desnecessária referida alusão no momento da denúncia, vez que, o Direito Penal é de fato e não de autor; e, se em algum momento o acima exposto puder ser utilizado, será na fase de aplicação de pena e não para a verificação da ocorrência ou não de um crime.

Também chama a atenção o assentamento – quase que sem resistência – da concepção de que a gravidade do crime de organização criminosa indica a necessidade da manutenção da prisão cautelar. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, recente decisão em *habeas corpus* resgatou institutos não

---

[18] Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads%2F1470078226849-denuncia+luis+fabiano.pdf>. Acesso em: 09/01/2019.

recepcionados pela Constituição de 1988, como "periculosidade" e "gravidade do crime", como suficientes a transpor a presunção de inocência nos casos de investigação relativa à organização criminosa.

> Assim, entende-se que a gravidade do caso concretamente considerado, demonstrada pelo relevante papel exercido pelo paciente na organização criminosa estruturada para a prática de diversos crimes, não apenas permite, mas recomenda a manutenção da prisão provisória do paciente, uma vez que dela resulta a percepção da periculosidade do agente.[19]

Interessante pontuar que, no caso concreto, o único suposto elemento colhido na investigação contra o Paciente era uma gravação telefônica em que ele comunicava a um terceiro que sabia quem estava vendendo um trator, e mais, sequer a negociação se consumou. Somado ao fato de que nunca fora chamado perante a Autoridade Policial para prestar qualquer esclarecimento.

A mera menção à gravidade do crime de organização criminosa e a ilação dissociada de elementos concretos de que o indivíduo oferece perigo à sociedade não são suficientes à decretação de uma prisão cautelar; e esta, em observância à presunção de inocência, possui caráter excepcionalíssimo, pois a regra é a preservação da liberdade.

Dentro do Estado Democrático de Direito, consolidado na nossa Constituição da República de 1988, o princípio da presunção de inocência é peça fundamental para limitar o poder do Estado perante a liberdade do cidadão.

As situações acima nos remetem – com um certo saudosismo, é fato – ao voto do Ministro Eros Grau (HC 84.078/MG) quando, ao se deparar com as violações à presunção de inocência pela antecipação da prisão, disse que tal atitude só poderia ser oriunda de um desafeto da Constituição.

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição – lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor – apenas um desafeto da

---

[19] Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000190564732000> Acessado em: 05/08/2019.

Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.[20]

A presunção de inocência é pilar sobre o qual se sustenta a legitimação do exercício do poder punitivo pelo Estado em face do indivíduo, e, portanto, imprescindível no Estado Democrático de Direito. A construção dos direitos fundamentais representou um passo significativo no sentido de se impedir o uso imoderado do poder, sobretudo quando se consagrou nos textos constitucionais os valores e princípios sobre os quais o Estado tem dever de proteção.

CONCLUSÃO

Reiteradamente tem se afirmado que "as fronteiras da criminalidade se expandiram com a globalização", no entanto, cada vez mais se busca a ruptura das fronteiras comerciais. Sob o argumento de que a sociedade do século XXI elevou novos valores à categoria de direitos fundamentais, e de que a criminalidade na atualidade é macro, tem se justificado a mitigação de direitos e garantias individuais como o da presunção de inocência.

E para tornar ainda mais crível o discurso acima, costuma-se associá-lo ao combate à corrupção e a criminalidade organizada, como se estes fenômenos não fossem a consequência, mas a causa do incremento da violência. Por meio desse joguete de palavras, chega-se a propagar como retomada das inspirações liberais do Iluminismo, uma ressignificação da dogmática penal, justificada no clamor social – tomado por democracia – e com vistas à ampliação da eficiência do poder do Estado – posta à disposição com o nome de garantismo integral. Em síntese, invertem o que seria causa e consequência e afastam a aplicação dos princípios jurídicos limitadores do poder estatal.

Considerando o grande apelo da população em pânico, instigada por uma mídia incitadora da violência, assistiu-se a um recrudescimento no poder punitivo com reflexos no sistema criminal e, especialmente, no trato da matéria afeta ao que chamam de crime organizado. O discurso do "combate ao crime organizado" ganhou força em vários países e, especialmente no Brasil, foi pauta de praticamente todos os candidatos à presidência nas eleições de 2018.

---

[20] STF – HC nº 84078/MG – Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acessado em: 05/08/2019.

E se em outros tempos, a ocorrência de um novo fato que causasse conturbação social logo propiciava a criação de um novo tipo penal, no tocante à organização criminosa, primeiramente cuidaram de suprimir garantias no processo penal e, posteriormente, de modo incompleto e sem um estudo mais aprofundado da questão no país, elaboraram um tipo penal que não seja capaz de informar ao destinatário da lei qual é a conduta que ele não pode praticar, sob pena de desafiar a aplicação do poder punitivo.

A convicção de que o sistema de justiça criminal é o adequado para tratar a questão, faz com que o Direito Penal e o Processo Penal tenham primazia quando um novo fato passa a gerar conflito social. Em que pese, na maior parte das vezes, não se avaliar a necessidade, a legitimidade e a eficiência da utilização da intervenção penal para a contenção da violência, ou mesmo se a violência é causa ou efeito da política criminal.

Os efeitos dessa intervenção penal ilegítima, como se tem observado com a ruptura com a garantia da presunção de inocência, são a estigmatização cada vez maior das pessoas a contra quem se instaura a persecução penal, o enfraquecimento das instituições políticas e dos agentes públicos, uma desorganização do mercado financeiro, a redução das liberdades de expressão e de reunião, dentre outros. Ou seja, assiste-se uma verdadeira destruição do sistema de garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, embalada pela "musicalização" do "combate ao crime organizado e à proteção do cidadão de bem".

Sim, a Constituição tem desafetos, e eles têm poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. Síntese da história do direito. In: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da (Coord.). *Ciências penais e teoria do direito em perspectiva:* estudos em homenagem ao professor Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa.* São Paulo: Saraiva, 2014.

CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. *Crime Organizado. Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Terrorismo e direitos fundamentais. In: Manuel VALENTE Manuel Monteiro Guedes (Org.). *Criminalidade organizada e criminalidade de massa:* interferências e ingerências mútuas. Lisboa: Almedina, 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, William Terra de *et al*. (Org.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem ao 75 aos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013.

SOUTHWEEL, David. *A história do crime organizado*. Ed. Bras. Trad. De Ciro Mioranza. São Paulo: Escala. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime Organizado: uma categorização frustrada: discursos sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45-67, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El derecho penal ente los riesgos del totalitarismo corporativo*: IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

A OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA POR MEIO DA REPRESSÃO DE PRÁTICAS LÍCITAS INDESEJADAS

Carlos Henrique Alvarenga Urquisa Marques[1]

INTRODUÇÃO

Em 14 de outubro de 2011, o corpo de Aline Silveira Soares foi encontrado no cemitério da igreja Nossa Senhora das Mercês e Misericórdia da na cidade de Ouro Preto/MG[2].

Foram identificadas 17 perfurações em seu corpo, sendo a mais extensa com 10 centímetros, localizada no pescoço, com secção de vasos e da traqueia, denominada esgorjamento, que foram a causa eficiente de sua morte[3].

As circunstâncias da morte, especialmente relacionadas ao local e à posição em que o corpo foi encontrado, sugeriram a relação com rituais macabros de magia negra.

---

[1] Bacharel, Mestre e Doutorando pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Universitário, Advogado atuante na área criminal. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor universitário do ensino superior e pós graduação, com foco nas disciplinas criminais. Palestrante em diversos eventos e autor de artigos técnicos em publicações especializadas.

[2] A cobertura do Estado de Minas no Caso Aline: sensacionalismo e patriarcado nas páginas do jornal mineiro. RAMOS, Evelin Luciano; SOUZA, Francielle Neves de; GOMES BARBOSA, Karina. *XXIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste*. Belo Horizonte, 2018, p. 1.

[3] STJ. 2006. *Habeas Corpus* Nº 42.830 – MG (2005/0049756-4. Ministro Nilson Naves. DJ 18/08/2005. Superior Tribunal de Justiça. [Online] 06 de junho de 2006. [Citado em: 19 de 12 de 2018.] <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>, p. 3.

Cassiano Inácio Garcia, Edson Poloni Lobo de Aguiar, Maicon Fernandes Lopes, Camila Dolabella Silveira e Liliane Pereira Almeida passaram a ser investigados em razão do ocorrido e o fato ganhou repercussão nacional por meio da mídia.

No decorrer do inquérito, diligências foram feitas na casa dos suspeitos. O que se assumiu como indícios da prática do crime resumiu-se a objetos que demonstravam o interesse dos acusados por um jogo da tabuleiro da categoria denominada RPG.

Os hábitos e gostos dos investigados foram determinantes para que o procedimento criminal tomasse rumos evidentemente desproporcionais.

Este caso ilustra apenas umas das formas como o as instituições oficiais ferem a isonomia e tratam indivíduos como culpados. Tratamento esse que não se justifica por outra coisa, senão as escolhas pessoais que determinaram algum hábito entendido como nocivo ao corpo social, ainda que não criminoso.

A discussão que se promoverá a seguir tem o propósito de demonstrar como as ferramentas oficiais são utilizadas para reprimir hábitos de alguma forma indesejados, equiparando comportamentos evidentemente lícitos à condutas delituosas e por isso conferindo um tratamento de delinquente à inocentes.

1. COMPORTAMENTOS, HÁBITOS, RELAÇÕES ENTRE GRUPOS E CONCEITOS CORRELATOS DA PSICOLOGIA SOCIAL

Para discutir a violação à presunção da inocência por meio da reprovação a comportamentos lícitos indesejados, é necessário delimitar alguns conceitos.

O comportamento, enquanto reação do indivíduo, pode ser determinado, segundo David Myers, por influências pessoais, biológicas e especialmente sociais[4].

Já os hábitos surgem a partir de um esforço do cérebro em poupar esforço. É uma automatização da rotina. Podem também, sofrer uma determinação social a partir da pressão social.

---

[4] MYERS, David G. Psicologia Social. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. 10. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 31.

> A pressão social – e os hábitos sociais que incentivam pessoas a se conformarem às expectativas de um grupo – é difícil de descrever, pois muitas vezes difere em forma e expressão de uma pessoa para a outra. Esses hábitos sociais não são tanto um único padrão consistente, mas sim dezenas de hábitos individuais que acabam fazendo com que todos se movam na mesma direção. Os hábitos da pressão social, no entanto, têm algo em comum. Eles muitas vezes se espalham através de laços fracos. E ganham sua autoridade através de expectativas comunitárias[5].

Daí ser adequado afirmar que o meio social e os elementos culturais[6] serem determinantes na formação de hábitos e expressão de comportamentos.

No contexto dessas forças externas, estão as relações entre grupos sociais.

Há uma inclinação humana para a formação de grupos. Myers afirma que "somos tão conscientes de nosso pertencimento a grupos que, se tivermos qualquer desculpa para pensar sobre nós mesmos como grupo, isso vai acontecer"[7].

Os indivíduos de um grupo possuem uma identidade social. É um sentimento de pertencimento que compartilha com outras pessoas. Juntos formam o que se entende por "endrogrupo". Para seus membros, os indivíduos externos, que possuam entre si uma identidade social alheia homogênea, formam um "exogrupo".

Exemplificando esses conceitos com os substratos sociais brasileiros, determinados pelas classes econômicas, é possível dizer que o indivíduo de uma comunidade periférica pode vê-la como um endogrupo, enquanto enxerga os membros de uma comunidade abastarda como exogrupo. Para os participantes desse grupo abastardo, a lógica seria a inversa.

O valor da distinção apresentada é a identificação cientifica, das relações entre "endo" e "exo" grupos, segundo a psicologia social.

Segundo essa ciência, vários padrões de comportamento podem ser identificados dentro e entre agrupamentos humanos. Para o presente trabalho, o que mais é aquele que a psicologia chama de viés de favorecimento grupal.

---

[5] DUHIGG, Charles. *O Poder do Hábito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 239.

[6] Dentro do conceito de cultura como conjunto de comportamentos, ideias, atitudes e tradições duradouras compartilhadas por um grupo (MYERS, David G. *Psicologia*. Tradução de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. 9. Rio de Janeiro: LTC, 2015, p. 29).

[7] MYERS, David G. Psicologia Social. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. 10. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 261.

> Anular, por meio de explicações, os comportamentos positivos de membros do exogrupo; também atribuir comportamentos negativos a suas disposições (ao mesmo tempo em que se desculpam esses comportamentos em seu próprio grupo)[8].

Em outras palavras, há uma tendência involuntária de se ser condescendente com as condutas de grupos com os quais se possua uma identidade social, enquanto displicente e crítico a grupos externos.

A existência de tal padrão permite afirmar que, aos olhos dos agentes do Estado, há uma tendência natural de fazer distinções entre pessoas de grupos diferentes. Ainda que involuntariamente.

Nesse sentido, o viés de favorecimento grupal parece explicar com perfeição as disparidades no tratamento dispensado pelo sistema judiciário a indivíduos de nichos culturais distintos, ainda que sujeitos a situações idênticas e submetidos a um sistema procedimental uniforme. Tudo, conforme demonstrado adiante.

Outro conceito importante é o erro de atribuição fundamental. A tendência do observador de subestimar influências situacionais e superestimar influências disposicionais (ou seja, relacionadas à história pessoal, cultural e aos estímulos biológicos), no comportamento dos outros. É o que ocorre quando se atribui alguma determina atitude a uma "personalidade voltada para o crime" e não às circunstâncias em que se encontrava o agente[9]. Evidente equívoco.

Finalmente, dentro das sociedades há um fenômeno curioso denominado heurística da representatividade. Segundo Myers, trata-se da "tendência de presumir, às vezes a despeito de probabilidades contrárias, que alguém ou alguma coisa pertence a um determinado grupo caso pareça (represente) um membro típico"[10].

Ora, é exatamente sob a ótica de uma heurística da representatividade que os órgãos de segurança definem as prioridades na destinação de recursos e os critérios de abordagem e fiscalização.

Esse e todos demais conceitos trazidos servirão a fazer um diagnóstico adequado da questão que se levantou. Mas antes de enfrentá-la, um segundo baluarte de premissas deve ser erigido. É o inafastável filtro pelo qual todas questões em matéria criminal devem passar. Deve-se primeiro navegar entre as concepções de presunção de inocência pertinentes.

---

[8] MYERS, David G. Op. cit., p. 270.

[9] MYERS, David G. Op. cit., p. 102.

[10] MYERS, David G. Op. cit., p. 94.

2. AS PERSPECTIVAS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência pode ter acepções diversas. Compreendê-las é necessário para que haja precisão técnica ao se apontar sua violação.

Para Mercedes López, a presunção de inocência pode ser vista como princípio informador do processo penal, como regra de tratamento do imputado, como regra probatória e como regra de juízo[11].

Jordi Fenoll busca a razão de ser da presunção entre três perspectivas: princípio, *standart* de prova ou ônus probatório[12].

Já a sistematização de Beltrán divide a presunção de inocência em uma dimensão extraprocessual e uma processual. Esta última sub partida em função de princípio informador, regra de tratamento, regra probatória e regra de julgamento.

O modelo analítico de Beltrán parece ser o mais conveniente ao que se pretende demonstrar. Assumindo pois, as acepções que aponta para o conceito de presunção de inocência, duas são aquelas que se adequam a abordagem escolhida: a perspectiva da sua dimensão extraprocessual e sua perspectiva de regra de tratamento processual.

A primeira será especialmente utilizada no capítulo seguinte. O autor, citando o Tribunal Constitucional Espanhol, sustenta que essa perspectiva opera constituindo um direito a receber a consideração e tratamento de não autor ou partícipe em fatos de caráter delituoso ou análogos.

E vai além, afirmando que sua aplicação poderia ser de dois tipos:

> Aquelas que implicam o poder sancionador do Estado, i.e., o procedimento administrativo sancionador, e as relações entre os particulares. Em princípio, poderia parecer não apresentar maiores problemas o primeiro deles, pela evidente analogia dele com o processo penal. Por outro lado, resulta mais discutível a extensão do direito à presunção de inocência às relações entre particulares[13].

---

[11] LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Pruba y presunción de inocencia*. Madrí: Iustel, 2005, vol. II, p. 118.

[12] FENOL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, jan. 2015, p. 1-23. p. 5.

[13] FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, jan./abr. 2018, vol. IV. n. 1, p. 149-182. p. 154.

Embora a abordagem do tópico seguinte traga exemplificações de relações do particular com o Estado, é na fundamentação de Beltrán da presunção de inocência entre particulares, que o argumento ganhará vigor:

> Por que afeta a honra de Pedro a publicação por um meio de comunicação de que ele cometeu um homicídio antes de que ele tenha sido por ele condenado? O meio de comunicação poderia alegar que a honra de Pedro não lhe protege se cometeu o homicídio. Mas, precisamente aqui aparece a função da presunção de inocência: a honra de Pedro é afetada porque até o momento da condenação ele deve ser presumido inocente, *i.e.*, tratado como inocente. Desse modo, dizer que o direito fundamental afetado é o direito à honra não excluiria que houvesse um espaço para a aplicabilidade da presunção nestes casos, senão que, melhor dizendo, a presunção lhe faria as vezes de um pressuposto[14].

Esta interpretação tem valor inestimável ao argumento proposto, pois autoriza reconhecer que há violação da presunção de inocência ainda que ela esteja colocada como pressuposto de um direito fundamental.

Afinal, ainda segundo o autor, o "desenvolvimento jurisprudencial e dogmático da presunção de inocência extraiu dela uma boa quantidade de direitos subjetivos do cidadão"[15].

A segunda perspectiva selecionada – presunção de inocência como regra de tratamento – também tem uma aplicação abrangente, embora circunscrita às fases persecutórias dos procedimentos criminais.

Interessa porque tem uma incidência ampla a todo procedimento penal, impondo ao julgador um dever de não tratar o cidadão de outra forma senão como inocente, até que seja declarada sua culpabilidade. O Estado não pode "submeter o imputado a nenhum tratamento, nem tomar qualquer decisão no curso do processo que suponha essa condenação."[16]

Isso, para o autor, importa em não opor ao indivíduo qualquer consequência que não sofreria se obtivesse uma sentença absolutória.

Este é o ponto nevrálgico do quinto capítulo. Ali se questiona a reprovação de certos comportamentos ou traços de personalidade, ainda que lícitos, como pressuposto para relativização de garantias processuais. Exceções que, no ver de Beltrán, são absolutamente danosas à presunção de inocência.

É finalmente oportuno, adentrar-se nas questões paradigmáticas

---

[14] FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., p. 155.

[15] FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., p. 157.

[16] FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., p. 159.

3. VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

Considerando as perspectivas de presunção de inocência assumidas, há especial interesse nas formas de violação em sua acepção extra processual. A opção metodológica foi identificá-la nas políticas de segurança pública, onde é observável com facilidade.

O aparato policial, enquanto instrumento de combate à criminalidade, necessariamente lida com a dificuldade na seleção dos indivíduos a serem submetidos às técnicas de fiscalização e abordagem.

Obviamente, em Estados constitucionais essa seleção se baliza em critérios de legalidade e racionalidade[17].

Todavia, as premissas racionais parecem furtar-se da presunção de inocência enquanto valor que presa pela isonomia no tratamento daqueles que convivem em um Estado Democrático de Direito. Isso porque a heurística da representatividade pode ser falha e ser carregada de preconceitos e juízos errôneos.

Parece, contudo, um problema recorrente das políticas de combate à criminalidade nos grandes centros urbanos.

Grupos sociais, delimitados espacialmente em aglomerados urbanos como bairros, guetos ou condomínios, podem apresentar alguma homogeneidade nos valores culturais assumidos. Isso se reflete na adoção de padrões de vestimenta, predileções religiosas, expressão artística e mesmo na seleção de vocabulário[18].

O exemplo mais conveniente é o das comunidades pobres em países de primeiro e segundo mundos.

Nesses substratos sociais, é comum que aspectos de identificação social comuniquem-se com questões relacionadas a conflitos étnicos. Esses, derivados de questões políticas, fluxos migratórios ou alguma herança histórica. Latinos, chineses, negros e judeus são metonímicos.

Não é por menos que a perspectiva cultural assumida por vezes tenha a roupagem de alguma identificação étnica. É o caso exemplificativo de certas

---

[17] WALKER, Samuel. *The Police in America*. 2ª. Omaha: McGraw-Hill, 1992, p. 87.

[18] MYERS, David G. Psicologia Social. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. 10. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 219.

comunidades de periferia norte americana onde a predominância da etnia negra levou a associação de um estilo musical, o rap, à construção de uma identidade que se afirma como expressão cultural dos negros norte americanos.

Na contemporaneidade brasileira, situação semelhante se observa em relação à formação de uma cultura da classe pobre. No espaço físico das favelas, por exemplo, a cultura do funk ganha relevo[19] e possui, inclusive, aspectos estilísticas de evidente inspiração no rap estadunidense, possivelmente resultante da influência cultural e propagação da produção midiática norte americana.

O constructo resultante, seja nas periferias dos Estados Unidos, seja nas brasileiras, assume as mais diversas formas de manifestação. Trejeitos na fala, forma de caminhar, tatuagens além de uma indumentária emblemática. São formas de expressão cultural que constituem hábitos, e hábitos que se manifestam em comportamentos.

São contudo, relacionadas à percepção de desordem social[20], em associação aos espaços físicos de onde se originam.

É na valoração dessas expressões, hábitos e comportamentos, que a atuação do Estado, manifesta pelo policiamento extensivo, pode ferir a isonomia enquanto corolário da presunção de inocência.

A extensão e complexidade da malha social urbana obrigada o aparato policial a ser seletivo na abordagem e na escolha dos vetores de atuação.

Considerando a associação estatística de índices de criminalidade às áreas urbanas mais pobres parece razoável que a destinação de recursos priorize as comunidades ali situadas. De fato, faz parte da engenharia policial moderna, que inclui nos projetos de visibilidade das políticas de segurança pública:

> o cada vez maior isolamento e seletividade dos indicadores criminais, apresentados em estatísticas, e a alimentação de um tal processo através de operações policiais coletivas, orientadas para determinados territórios (conhecidos como 'bairros perigosos') e domínios criminais (droga e álcool)[21].

Em consequência, a atuação dos agentes policiais tem a identificação dos componentes daqueles grupos como um dos parâmetros de atuação.

---

[19] LIMA, Roberto Kant de; EINBAUM, Lucia e Pires, Lenin. *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, vol. I, p. 80.

[20] Elemento decisivo das políticas de segurança pública (LIMA, Roberto Kant de. Op. cit., p. 166).

[21] LIMA, Roberto Kant de. Op. cit., p. 143.

Associado ao já mencionado fator étnico, representa a maior e mais contumaz crítica pública à atuação policial[22].

Nesse sentido, a gestão da segurança pública entra em conflito com a presunção de inocência, quando impõe, a um indivíduo sobre o qual não recai qualquer suspeita em especial, a abordagem policial devida a um criminoso ou suspeito. Tudo, por comungar com uma cultura periférica.

Trata-se de erro fundamental de atribuição, nos termos do conceito trazido no capítulo anterior. Aliás, Myers reconhece que o erro de atribuição pode derivar precisamente de diferenças culturais como essa[23].

A isonomia de indivíduos, aos olhos do Estado, é quebrada quando se opta pela abordagem do cidadão trajado nos termos da moda prevalente na favela, em detrimento daquele outro que se insere em um contexto cultural não típico das zonas urbanas mais violentas.

Uma observação pertinente é que a distinção apontada não é criticável apenas no contexto do abuso policial. Afinal, os casos de atuação à margem da legalidade são execráveis tanto ao delinquente quanto ao inocente.

Não. O que se está a criticar é o estabelecimento de critérios de distinção a partir de manifestações subjetivas de identidade cultural.

Nesse contexto, há um desestímulo, senão uma repressão contundente, para que um dado conjunto de hábitos ou comportamentos não sejam expressos, sob o risco do indivíduo perder o rótulo de "cidadão de bem", título tão precioso para a afirmação dos direitos e garantias individuais.

A elevação dessa realidade a grande potências gera, conforme se dissertou, uma discriminação dos exogrupos alheios àquelas tribos sociais identificadas com a cultura da periferia, sob um argumento pseudorracional.

Duas consequências parecem surgir daí. Por um lado as elites dominantes têm um reforço positivo em pressionar o Estado por iniciativas de vigilância ao substrato populacional inserido nesse nicho cultural.

> No bojo do discurso modernizador que 'reinventa certa tradição', é preciso livrar-se daqueles considerados 'indesejáveis', que impedem o crescimento do local ou que se configuram em 'ameaça' e 'medo'[24].

---

[22] WALKER, Samuel. *The Police in America*. 2ª. Omaha: McGraw-Hill, 1992, p. 234.

[23] MYERS, David G. *Psicologia Social*. Traduçõ de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. 10. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 105.

[24] LIMA, Roberto Kant de; EINBAUM, Lucia e Pires, Lenin. *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, vol. I, p. 93.

Por outro, induz-se os componentes daquele grupo cultural a reconhecerem-se como uma resistência justa e legitimamente violenta a um modelo discriminatório Estatal.

E se com isso aumenta o fosso entre culturas "desejáveis" e "indesejáveis", sob o ponto de vista da vigilância das instituições oficiais, maior o esforço que se impõe àqueles que desejem integrar o espectro populacional tutelado pelos mesmos direitos e garantias.

Em um vislumbre de concretude, um indivíduo cujos hábitos incluem manifestações do apreço à elementos culturais da periferia, se sente inibido a expressá-los. Não se traja com a indumentária que lhe agrada, por medo de sofrer busca pessoal; não enfeita seu carro de acordo com seus gostos, pelo risco de ser parado em alguma blitz; evita vocábulos, para não ser visto como delinquente.

Uma reminiscência oportuna: a partir daquele caso introdutório envolvendo jogos de RPG, reportou-se que jogadores habituais passaram a sofrer preconceito e sentirem-se desestimulados a exercer o hobby[25].

A livre expressão da identidade, dos hábitos, costumes e comportamentos lícitos, como uma garantia de todo aquele pactuante do contrato social, torna-se um direito limitado àqueles cujos interesses se alinham aos do substrato social dominante.

A democracia, cuja diversidade lhe é elementar, é continuamente agredida pela manutenção despercebida dessa forma de violação da isonomia, a partir da relativização da presunção inocência, enquanto valor intrínseco do sistema jurídico.

Repressão à diversidade é a eterna moeda de troca exigida pelos Estados autoritários em contrapartida à segurança e pacificação social.

4. VIOLAÇÕES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS PROCEDIMENTOS PENAIS

Os procedimentos persecutórios criminais, como instrumentos do Estado, também estão sujeitos à distorção apontada. Neste tópico, porém, a

[25] GONÇALVES, Camila *et al*. *Jogadores de RPG da região dos Inconfidentes ainda sofrem preconceito*. #tecer. [*Online*] 2014. [Citado em: 19 de 12 de 2018]. Disponível em: <https://www.jornalismo.ufop.br/tecer/?p=3991>.

questão parece dialogar especificamente com a concepção da presunção de inocência enquanto regra de tratamento[26].

É razoável, posto que o espaço de violações ora analisado não trabalha com questões da discricionariedade administrativa, embora tanto um âmbito, quanto o outro, estejam circunscritos à legalidade. O que se tem em premente análise, por sua vez, é a aplicação da lei, consubstanciada no exercício interpretativo que produz a norma do caso concreto.

Todavia, compreender a perspectiva que se apresenta demanda uma reminiscência aos contornos políticos da atividade legiferante.

Caminhando nesse sentido, a premissa inicial a se afirmar é que, como decorrência lógica do modelo democrático representativo, inquérito e processo penal refletem os interesses do substrato social dominante[27].

Considerando que essa parcela da população, com influência determinante no jogo político, tem seus valores culturais próprios; e admitindo ainda que a constituição histórica dos órgão legislativos brasileiros é predominantemente composta de representantes de interesses elitistas; é razoável assumir que os mecanismos procedimentais do sistema jurídico tenham, em seu bojo, espaço para manobras de enfrentamento a padrões culturais divergentes.

Indício dessa intenção é o histórico de criminalização de expressões culturais das mazelas brasileiras. Veja-se o Decreto nº 847 de 1890 que criminalizou a capoeira e entrou em vigor pouco tempos após a lei áurea libertar os escravos de toda nação[28]. O negro conquistara o direito de ser livre, mas não a liberdade de ser negro.

---

[26] FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, jan./abr. 2018, vol. IV, n. 1, p. 149-182. p. 158.

[27] Dentro desse substrato, Jorge da silva alerta para "grupos manipuladores" cujas características são: "(a) ter motivação político-eleitoral; (b) constituir-se de pessoas que estão no poder ou a ele aspiram, e de seus sustentadores, por interesse ou ideologia; (c) alimentar-se da reificação do *volume* (em relação às estatísticas de violência) para mais ou para menos, dependendo do objetivo; e (d) ter dependência vital da mídia. [...] No poder, independente do que diga o número, os componentes do 'grupo manipulador' aplicar-se-ão no autoelogio. Mais importante do que efetivamente reduzir os riscos será minimizá-los retoricamente, para o que tentarão escamotear os fatos, que, em sua avaliação, lhes sejam desfavoráveis. Aí falará insistentemente de uma abstrata 'sensação' de tranquilidade".

[28] Fazer nas ruas e praças públicas exercício de agilidade e destreza corporal conhecida pela denominação Capoeiragem: andar em carreiras, com armas ou instrumentos capazes de

Passando ao presente, as conquistas históricas, consubstanciadas na formação de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, abriram caminho para que princípios e garantias inspirassem normas de aspiração democrática plena. Afinal, o direito à livre expressão cultural e a liberdade de auto afirmação da personalidade, partem da premissa democrática[29].

Não se eliminou, contudo, as aberturas do sistema jurídico a cerceamentos injustificados das liberdades individuais. Nem a "Constituição Cidadã", nem os diplomas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos blindaram o Ordenamento Jurídico a violação de garantidas individuais por meio de instrumentos legais e supostamente legítimos.

Ao contrário, a modernidade provou que sistemas jurídicos podem ser usados contra si próprios para negar suas premissas[30].

Este, porém, é um problema endêmico que parece contaminar o Processo Penal de diversas maneiras. Particularmente quanto ao tema em apreço, interessa apontar como o sistema é utilizado para relativizar o *status* de inocência daqueles que se submetem aos procedimentos criminais. Em especial, com a finalidade escamoteada de reprimir expressões individuais de auto determinação.

Pois bem. O caso narrado na introdução traz um exemplo emblemático de indivíduo que, submetidos ao processo, tem a prisão decretada sob o argumento de que o material apreendido ligava-nos ao crime.

No conteúdo colhido, todavia, não havia instrumentos de execução do crime. Não incluiu elementos a demonstrar sua premeditação. Não trouxe, ademais, qualquer indício de um acordo entre os investigados, no sentido de fazer qualquer mal à vítima do delito.

O que a autoridade judicial assumiu como necessário para a decretação preventiva daqueles acusados, foram elementos de demonstração de um hobby do investigado.

No julgamento do *habeas corpus nº 42.830 pelo STJ,* impetrado contra a prisão preventiva dos réus, o ministro relator aponta que nas mais de 1.768

produzir lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal;

[29] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13.

[30] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 511.

laudas do processo, o conteúdo probatório material conta com revistas e objetos referentes ao jogo de RPG, CPU de computadores, um mapa (tabuleiro) indicando três pavimentos de um imóvel habitados por estranhas figuras e máscaras[31].

Em outras palavras, afirmou-se verificado o *fumus comici delicti* – a justificar a prisão preventiva pelos parâmetros do art. 312 do CPP – pelo interesse pessoal do suspeito em um jogo de tabuleiro de ambientação medieval.

O nexo, presumiu-se, estaria no fato de que cenário fantasioso, inspirado em contos fantásticos como "O Senhor dos Anéis", de J.R.R. Tolkien, compartilhava de uma temática de magia.

Considerando as circunstâncias peculiares em que a vítima foi encontrada, presumiu-se tratar-se de um ritual de magia negra

Nos parâmetros religiosos da tradição católica, especialmente arraigada em Cidades Históricas como Ouro Preto, a relação com magia negra é evidentemente um tabu.

Logo, não seria absurdo assumir uma influência dos valores tradicionais na percepção do crime e suas circunstâncias.

Nota-se a reprovação pessoal da autoridade policial na escolha do vocabulário para se referir ao hobby dos investigados: "todos contumazes jogadores de RPG, em todas as suas modalidades". Ora, os jargões "contumazes" e "em todas suas modalidades"[32] são típicos no trato de fatos criminosos. A inferência é óbvia.

Não foi a reprovação da conduta criminosa que embasou a relativização do *status* de inocência do investigado. Foi a reprovação das tradições heréticas de magia negra de maneira imediata. Foi também, em associação mediata, a reprovação de um hábito do investigado em relação aos costumes dos investigadores e juízes, perspectiva segundo a qual a reclusão se justificaria na repressão de tradições religiosas perversas. Especialmente para que elas não continuem a ocorrer.

---

[31] STJ. 2006. *Habeas Corpus* nº 42.830 – MG (2005/0049756-4. Ministro Nilson Naves. DJ 18/08/2005. Superior Tribunal de Justiça. [Online] 06 de junho de 2006. [Citado em: 19 de 12 de 2018.]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>, p. 11).

[32] STJ. 2006. *Habeas Corpus* nº 42.830 – MG (2005/0049756-4. Ministro Nilson Naves. DJ 18/08/2005. Superior Tribunal de Justiça. [Online] 06 de junho de 2006. [Citado em: 19 de 12 de 2018.]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. p. 3).

O caso ilustrativo demonstra a utilização da prisão preventiva para relativizar o *status* de inocência de um indivíduo cujos hábitos e comportamentos entram em conflitos com fatores culturais predominantes entre os costumes locais.

Há, porém, que assinalar que flancos para abusos como este se abrem em todo sistema processual penal, notadamente naqueles pontos em que se deixa às autoridades judiciais ou investigativas o dever de exercer um juízo de valor sobre conceitos jurídicos amplos ou indeterminados.

É, apenas para exemplificar, o caso das decisões de recebimento da denúncia sem justificação pormenorizada do juízo; ou do poder geral de cautela do juiz (admitido por muito); e certamente da produção de ofício de provas consideradas urgentes.

E se no caso paradigma a relação de aversão estabeleceu-se entre o padrão cultural católico e hábitos considerados heréticos, o mesmo absurdo é possível em contraposições outras.

É o que ocorre em toda sofrível medida judicial de acautelamento ou produção probatória amparada na argumentação genérica de personalidade voltada para o crime.

Não raras são as associações do delito objeto do processo, com condutas absolutamente lícitas, constantes do cotidiano do investigado/acusado, afim de se constituir uma justificavelmente repreensível "personalidade voltada para o crime". É carta branca para se relevar a presunção de inocência.

Também, a proibição de frequentar certos lugares, da suspensão condicional do processo e da pena, enquanto medida oponível a todos tipos de criminalidade (e não, por exemplo, apenas àqueles delitos violentos cometidos em lugares públicos), parece uma forma de refreamento a hábitos indesejáveis pelo Estado.

Por tudo que foi apresentado, as hipóteses aventadas trazem um risco latente de repressões autoritárias hábitos, comportamentos ou expressões culturais lícitas. Vislumbra-se, contudo, que, a exemplo das considerações feitas no capítulo anterior, há um substrato social mais sensível a esse tipo de abuso.

Aqui valem as observações feitas anteriormente. As diferenças culturais entre setores sociais diferentes podem levar à quebra da isonomia em relação àqueles que se submetem ao inquérito e ao processo penal, corolário do princípio da igualdade:

> Como salientado, em duas direções manifesta-se o princípio da igualdade no direito processual: dirige-se aos que se encontram nas mesas posições no processo – autor, réu, testemunha –, garantindo-lhes idêntico tratamento; dirige-se, também, aos que estejam nas posições contrárias de autor e de réu, assegurando-lhes idênticas oportunidades e impedindo que sejam atribuídos maiores direitos, poderes, ou impostos maiores deveres ou ônus do que ao outro[33].

Não há uma blindagem hermenêutica que impeça que a participação em "bailes funks" seja vista como manifestação de uma personalidade voltada ao crime ou que se tenha participação nos chamados "rolezinhos"[34], como risco à ordem pública.

A distância entre a realidade cotidiana da autoridade judiciária e aquela que concebe ser a realidade do réu, pode aumentar a tendência de vê-lo como membro de um exogrupo e por isso impor-lhe algum ônus. O viés de favorecimento grupal ganha espaço[35].

Parece efetivo, para minimizar o viés de favorecimento grupal, parece uma aproximação entre acusado e julgador, nos momentos iniciais da persecução penal.

Talvez isso esteja relacionado aos altos índices de concessão de liberdade provisória (cerca de 50% das prisões em flagrante), e se confirme com a baixa reincidência daqueles que são liberados (4,03%), após a implantação das audiências de custódia em 9 estados brasileiros[36].

Destarte, não é possível fazer afirmações mais precisas acerca do assunto, mas apenas provocar reflexões. A percepção de como a presunção de inocência vem sendo violada a partir da repressão à hábitos e condutas indesejadas ainda é incipiente. Não há dados estatísticos que permitam correlações melhores do que estas feitas a partir de casos pontuais e extrapolações conceituais.

---

[33] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

[34] Evento coordenado onde diversas pessoas se encontram em um lugar público. Tem conotação negativa quando associado a pessoas de classes sociais baixas em shoppings e lugares frequentados pelas elites locais. Por vezes associado ao cometimento a atos de vandalismo de delinquência.

[35] MYERS, David G. Psicologia Social. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 270.

[36] CNJ. Conselho Nacional de Justiça. cnj.jus.br. [*Online*] 2015. [Citado em: 18 de 12 de 2018.]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886-apenas-4-dos-liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>.

Ainda assim é uma problemática provocante e que, ao que tudo indica, tende a se tornar mais evidente em períodos enrijecimento das políticas de segurança pública. Aos cientistas do Direito, o sobreaviso.

CONCLUSÃO

Os meios sociais não são culturalmente uniformes. Na composição do tecido social, grupos dos mais variados são formados a partir das identidades sociais mais distintas.

O sistema jurídico reflete essa realidade. O Ordenamento Brasileiro, com todas suas garantias e princípios, é incapaz de fazer uma blindagem hermética para que padrões de comportamento sociais como os erros de atribuição fundamental ou o viés de favorecimento grupal, não impliquem em repressões ilegítimas de comportamentos e hábitos lícitos, em violação à presunção de inocência.

Não parece haver (ainda) uma solução demonstrável para essa forma de violação de direitos individuais.

Um palpite leva a crer que a resposta se encontra – como em tudo que fundamenta a presunção de inocência – no âmbito dos Direitos Humanos. Especialmente, parece imiscuir-se entre os preceitos da tolerância enquanto valor.

São, todavia, vislumbres de uma discussão futura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RAMOS, Evelin Luciano; SOUZA, Francielle Neves de; GOMES BARBOSA, Karina. A cobertura do Estado de Minas no Caso Aline: sensacionalismo e patriarcado nas páginas do jornal mineiro. XXIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste. Belo Horizonte: s.n., 2018.

CARTER, Joseph. *Freedom to Know: a background book.* New York: Libary of Congress, 1974.

CNJ**.** *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Cadastro Nacional de Presos.* Conselho Nacional de Justiça. Brasília: s.n., 2018.

—.. Conselho Nacional de Justiça. *cnj.jus.br.* [*Online*] 2015. [Citado em: 18 de 12 de 2018.]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80886-apenas-4-dos-liberados-nas-audiencias-de-custodia-voltam-a-ser-presos>.

DUHIGG, Charles. *O Poder do Hábito.* 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Camila, *et al*. Jogadores de RPG da região dos Inconfidentes ainda sofrem preconceito. *#tecer.* [*Online*] 2014. [Citado em: 19 de 12 de 2018.] Disponível em: <https://www.jornalismo.ufop.br/tecer/?p=3991>.

FENOL, Jordi Nieva. *La razón de ser de la presunción de inocencia,* Revista para el Análisis del Derecho*,* Barcelona: s.n., jan. 2015, p. 1-23.

LIMA, Roberto Kant de; EINBAUM, Lucia; PIRES, Lenin. *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada.* Rio de Janeiro: Garamond, 2010, vol. I.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Pruba y presunción de inocencia.* Madrí: Iustel, 2005, vol. II.

MYERS, David G. *Psicologia.* Tradução de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. 9. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

MYERS, David G. *Psicologia Social.* Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

SILVA, Jorge da. *Criminologia Crítica – Segurança Pública e Polícia.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

*STJ***.** *Habeas Corpus* nº 42.830 – MG (2005/0049756-4. Ministro Nilson Naves. DJ 18/08/2005. *Superior Tribunal de Justiça.* [*Online*] 06 de junho de 2006. [Citado em: 19 de 12 de 2018.]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, jan./abr. 2018, , vol. IV. n. 1, p. 149-182.

WALKER, Samuel. *The Police in America.* 2. ed. Omaha: McGraw-Hill, 1992.

ADVOGADO: CONTRATAÇÃO – SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO[1]

Carlos Mário da Silva Velloso[2]

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A competência legislativa da União sobre normas gerais de licitação e a licitação como requisito para a contratação com o poder público. III. Hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação. IV. Singularidade do serviço técnico-profissional. V. Notória especialização. VI. O entendimento jurisprudencial. VII. A licitação no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica. VIII. Conclusão.

---

[1] Artigo em homenagem a Eros Grau, advogado, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, altíssimo jurista, professor titular das Arcadas, um amigo precioso, mestre de todos nós. Conviver com Eros Grau é enriquecer-se intelectualmente, ele que não sabe apenas o Direito, mas é um intelectual de primeira grandeza, dedicado às letras, um romancista, que escreveu – vale destacar – *Paris, Quartier Saint Germain-Des-Prés,* que lembra *Paris é uma festa,* de Ernest Hemingway. Jurista, literato, Eros, que vive em São Paulo, Tiradentes, em Minas, Honfleur, em Paris e em Honfleur, na Normandia, é, sobretudo, um cidadão exemplar.

[2] Advogado. Ministro aposentado. Ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor emérito da PUC/MG e da Universidade de Brasília – UnB, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Publico. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas e da *Association Française des Constitutionnalistes.* Advogado.

I. INTRODUÇÃO: A QUESTÃO A SER PERQUIRIDA

I.1. A questão a perquirir é se a licitação seria indispensável para a contratação, pelo poder público, por suas administrações diretas e indiretas, de serviços técnicos de advogado, ou se seria possível essa contratação sem o procedimento da licitação e, se possível, quais as condições ou pressupostos para a sua realização.

I.2. A matéria tem sido objeto de debate e o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu, em caráter definitivo, a questão. O RE 656.558, em regime de repercussão geral, encontra-se pendente de decisão. O mesmo se diz quanto à ADC 45, que tramita pelo rito da Lei nº 9.868/99, art. 12. Examinemos a questão.

II. A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E A LICITAÇÃO COMO REQUISITO PARA A CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

II.1. O procedimento licitatório, como requisito para as contratações pelo e com o Poder Público tem matriz constitucional e representa, na verdade, decorrência do princípio da impessoalidade que se requer inerente à atividade administrativa. Daí dispor a Constituição Federal, art. 37, inciso XXI:

> Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

II.2. A obrigatoriedade de prévio processo seletivo para as contratações, como se extrai do dispositivo constitucional, aplica-se à administração direta, indireta e fundacional dos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e se fará na forma da lei, que também especificará os casos em que é inexigível a licitação e aqueles em que ela poderá ser dispensada.

II.3. Segundo Justen Filho, a licitação é "um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina

critérios objetivos de seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica".[3] Para Hely Lopes Meirelles, a dupla finalidade da licitação – obtenção de contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratantes, vale dizer, observância do princípio da isonomia – "é preocupação que vem desde a Idade Média e leva os Estados Modernos a aprimorarem cada vez mais os procedimentos licitatórios, hoje sujeitos a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida o seu resultado seletivo."[4]

II.4. Partindo do conceito de José Roberto Dromi, Maria Sylvia Di Pietro conceitua a licitação como "o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato".[5] E, ao destacar que a obrigatoriedade da prévia licitação para a contração pelo Poder Público alcança também a Administração Indireta, como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, lembra que tais entidades "costumam ser chamadas por alguns autores de entidades públicas de direito privado, por terem o regime de direito comum parcialmente derrogado por normas de direito público; é o caso dos dispositivos constitucionais que impõem a licitação (arts. 22, XXVII, e 37, 'caput,' combinado com o inciso XXI, e com art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição)".[6]

II.5. A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é privativa da União (CF, art. 22, XXVII), disciplinada a matéria pela Lei nº 8.666/1993, que não apenas indica as modalidades de licitação e seu procedimento, mas também os casos em que ela é legalmente dispensável e inexigível, como autorizado pela Constituição. Esclareça-se, entretanto, que a competência legislativa da União, registrei em voto que proferi, quando tive a honra de integrar a Corte Suprema, é restrita a normas gerais de licitação e

---

[3] JUSTEN FILHO, Marçal, "Curso de Direito Administrativo", 2ª ed., p. 316; "Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos", Dialética, 9ª ed., p. 57 e segs.

[4] MEIRELLES, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, 20ª. ed., p. 242; "Licitação e Contrato Administrativo", Malheiros, 13ª ed., p. 25 e segs.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo", Atlas, p. 348.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 348-349.

contratação.[7] Para deixar claro o meu entendimento, destaco do mencionado voto:"(...) A Constituição de 1988, ao inscrever, no inc. XXVII do art. 22, a disposição acima indicada, pôs fim à discussão a respeito de ser possível, ou não, à União legislar a respeito do tema, dado que corrente da doutrina sustentava que "nenhum dispositivo constitucional autorizava a União a impor normas de licitação a sujeitos alheios a sua órbita".[8] A CF/88, repito, pôs fim à discussão, ao estabelecer a competência da União para expedir normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII). *Registre-se, entretanto, que a competência da União é restrita a normas gerais de licitação e contratação. Isto quer dizer que os Estados e os Municípios também têm competência para legislar a respeito do tema: a União expedirá as normas gerais e os Estados e Municípios expedirão as normas específicas. Leciona, a propósito, Marçal Justen Filho: "como cito, apenas as normas "gerais" são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante."*[9] *A formulação do conceito de "normas gerais" é tarefa tormentosa, registra Marçal Justen Filho, a dizer que "o conceito de "normas gerais" tem sido objeto das maiores disputas. No campo tributário (mais do que em qualquer outro), a questão foi longamente debatida e objeto de controvérsias judiciárias, sem que resultasse uma posição pacífica na doutrina e na jurisprudência. Inexistindo um conceito normativo preciso para a expressão, ela se presta as mais diversas interpretações."*[10]. *A formulação do conceito de "normas gerais" é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de "normas gerais" referida na Constituição? Penso que essas "normas gerais" devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que "norma geral", tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as "normas gerais", leis nacionais, "são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que*

---

[7] ADI 927-MC/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, "DJ" de 11.11.94, em www.stf.jus.br/Jurisprudência.

[8] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Dir. Administrativo.* 4. ed. Malheiros, 1992, p. 177, nota 1.

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. AIDE, Rio, 1993, p. 13.*

[10] *Ob. e loc. cits.*

as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas", pelo que "não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam". Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de "norma geral", conclui: "são normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos."[11] *Cuidando especificamente do tema, em trabalho que escreveu a respeito do DL 2.300/86, Celso Antônio Bandeira de Mello anotou que "normas que estabelecem particularizadas definições, que minudenciam condições específicas para licitar ou para contratar, que definem valores, prazos e requisitos de publicidade, que arrolam exaustivamente modalidades licitatórias e casos de dispensa, que regulam registros cadastrais, que assinalam com minúcia o iter e o regime procedimental, os recursos cabíveis, os prazos de interposição, que arrolam documentos exigíveis de licitantes, que preestabelecem cláusulas obrigatórias de contratos, que dispõem até sobre encargos administrativos da administração contratante no acompanhamento da execução da avença, que regulam penalidades administrativas, inclusive quanto aos tipos e casos em que cabem, evidentissimamente sobre não serem de Direito Financeiro, menos ainda serão normas gerais, salvo no sentido de que toda norma – por sê-lo – é geral". E acrescenta o ilustre administrativista: "Se isto fosse norma geral, estaria apagada a distinção constitucional entre norma, simplesmente, e norma geral..."*[12]

III. HIPÓTESES DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

III.1. A doutrina sempre distinguiu entre dispensa e inexigibilidade de licitação. A Lei nº 8.666, de 1993, acompanhou a doutrina, cuidando, nos artigos 17 e 24, dos casos de dispensa e, no art. 25, de inexigibilidade. Registra

---

[11] BORGES, Alice Gonzales. *Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos, RDP 96/81.*

[12] *"Licitações", RDP 83/16.*

Domingos Fernandes da Rocha Pais[13] que, "*para clarear o entendimento dos conceitos de licitação dispensada e licitação dispensável, o professor Justen Filho assim se expressa sobre o tema:* "A distinção mais profunda entre os casos do art. 17 e do art. 24 relaciona-se com outro item. É que o art. 17 disciplina hipótese de alienação de bens e direitos, enquanto o art. 24 contempla regras gerais acerca de contratos envolvendo compras, obras e serviços."[14]

III.2. No art. 24 da Lei nº 8.666/1993, estão as hipóteses em que a licitação será dispensável. Já o art. 17 da citada Lei nº 8.666/93, contempla os casos em que o administrador está dispensado de licitar. Naquela – licitação dispensável, ou inexigibilidade de licitação – dá-se a "impossibilidade de licitação, em razão de ser inviável para o ente público realizar um procedimento licitatório, pois o bem ou serviço que se quer contratar apresenta peculiaridades que o torne único no mercado, o que impossibilita a competição com outros concorrentes"[15] ou, como leciona Celso Antônio, "só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que qualquer os objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja."[16]

III.3. O que distingue, portanto, as duas hipóteses – dispensa e inexigibilidade – é a possibilidade de competição existente na primeira e ausente na segunda. De fato, a licitação será dispensada quando, embora possível a disputa, determinadas circunstâncias estejam a recomendar a contratação direta, seja em razão do valor da obra ou serviço a ser contratado, seja em decorrência da urgência que a contratação requer – casos de calamidade pública, por exemplo – seja por falta de interessados em certame anteriormente realizado.

III.4. Já na segunda hipótese, objeto deste estudo, inexiste possibilidade de disputa entre os eventuais interessados, ou, como quer a lei, há *"inviabilidade de competição."* Dispõe o art. 25 da Lei nº 8.666/93:

---

[13] ROCHA PAIS, Domingos Fernandes, "Os aspectos do credenciamento em confronto com a Lei de Licitações nos procedimentos adotados na ANEEL", Rev. Tributária e de Finanças Públicas, Ed. RT, 70/131.

[14] JUSTEN FILHO, Marçal, "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", p. 211.

[15] ROCHA PAIS, Domingos Fernandes, ob. e loc. citados.

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 19ª ed., p. 505.

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

III.5. Cuidemos do inciso II: é inexigível a licitação quando conjugados três requisitos: (i) contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 do mesmo diploma legal;[17] (ii) que os serviços tenham natureza singular; e (iii) que os profissionais ou empresas a serem contratados tenham notória especialização na execução dos serviços a serem prestados.

IV. SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS

IV.1. Primeiro requisito, é que o serviço técnico esteja enumerado no art. 13 da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II) pareceres, perícias e avaliações em geral; III) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994); IV) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII) restauração de obras de arte e bens de valor histórico; VIII (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

[17] "A relação do art. 13 é meramente exemplificativa": JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. Dialética, p. 140; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 4. ed. Renovar, p. 100.

IV.2. Incluiu a Lei nº 8.666/1993, no inciso V do art. 13, o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, vale dizer, a prestação de serviços advocatícios entre aqueles passíveis de contratação sem processo licitatório, desde que, obviamente, atendidos os demais requisitos: a natureza singular dos serviços e a notória especialização do prestador. Não definiu a lei o que seria essa "*natureza singular*" dos serviços técnicos capaz de tornar inexigível o procedimento licitatório para sua contratação. A doutrina procurou suprir a omissão legislativa, mas a matéria não está, ainda, pacificada.

IV.3. Segundo o "Novo Aurélio", por singular entende-se tudo o que é "pertencente ou relativo a um; que não é vulgar; especial, raro, extraordinário".[18] Resta perquirir se a singularidade é do próprio serviço, ou de quem o presta, imprimindo-lhe sua marca pessoal, que o torna único, singular. Em substancioso trabalho, Eduardo Martines Júnior sustenta que a singularidade referida na lei somente pode referir-se ao próprio serviço, não ao seu prestador:

> Para nós, a singularidade do objeto mencionada no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, não pode ser vista senão pelo ângulo intrínseco, é dizer, pelas características e qualidades que lhe são próprias – do objeto – afastando da análise as qualidades pessoais do prestador do serviço, estas consideradas em outras circunstâncias, conforme se demonstrará.[19]

IV.4. Na lição de Maria Sylvia Di Pietro, a menção à "*natureza singular*" do serviço significa que a lei

> quis acrescentar um requisito para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no art. 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação.[20]

IV.5. Hely Lopes Meirelles anota:

> serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral – aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de

---

[18] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O Dicionário da Língua Portuguesa*. Nova Fronteira, 1999, p. 1861.

[19] MARTINES JÚNIOR, Eduardo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Malheiros, abr./jun. 2004, 47/99, 124.

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 371.

> cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso, Celso Antônio considera-os singulares, posto que marcados por características individualizadoras, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.[21]

IV.6. Celso Antônio também não dissocia a singularidade dos serviços de seu próprio prestador. É dizer, o serviço será singular quando nele se encontrar a marca inconfundível do prestador. Aduz:

> Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessários para a satisfação do interesse público em causa.[22]

Acrescenta o eminente publicista:

> É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança que produzirá as atividades mais adequadas para o caso. Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.[23]

IV.7. Realmente, importa destacar que a expressão "de natureza singular" seja vinculada aos serviços, seja como decorrência do cunho pessoal de seu prestador, o que confere ao dispositivo legal que dispensa a licitação a marca de sua excepcionalidade. É que a licitação é a regra, a inexigibilidade a exceção. Daí por que Celso Antônio, embora veja o atributo singularidade mais ligado ao prestador do serviço do que a este, não afasta o requisito da excepcionalidade, ao considerar que será singular o serviço apenas quando seu desempenho demandar "uma qualificação incomum".[24] Nota-se, aí, a dificuldade em separar

---

[21] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 258; *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 114.

[22] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. Malheiros, p. 508.

[23] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 516.

[24] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 517.

o serviço de seu prestador para se aferir a singularidade que a lei exige como requisito para a contratação dos serviços técnicos profissionais sem a licitação.

IV.8. Nesse contexto, cumpre observar o que, segundo o magistério de Celso Antônio, apresenta-se como relevante para a Administração, de modo que o interesse público somente estará plenamente atendido mediante a contratação de determinado profissional possuidor da notória especialização que o caso específico requer. Leciona:

> Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado 'de natureza singular', logo após a referência aos serviços arrolados no art. 13. Se o serviço for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por 'A' ou 'B', não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

E conclui:

> Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais, a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse.[25]

IV.9. É a singularidade, pois, que autoriza a contratação direta, sem licitação, de profissional de notória especialização, pois é dela que resulta a inviabilidade de competição, não sendo lógico que, na hipótese, a Administração possa pretender "o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato pelo menor preço, ou que renomados especialistas se sujeitem a disputar administrativamente a preferência por seus trabalhos."[26]

IV.10. Ressalte-se que a singularidade dos serviços não é o mesmo que ausência de vários possíveis prestadores, pois tal circunstância levaria à incidência do inciso I do art. 25 e mesmo à impossibilidade de competição com relação a qualquer serviço, independentemente de serem técnicos ou não, como ressalta Justen Filho, para quem a natureza singular deve ser vista "como uma

---

[25] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 515.

[26] MEIRELLES, Hely Lopes, ob. cit., p. 258.

característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais, especializados. Enfim, para concluir essa questão, singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo".[27]

IV.11. Destarte, a existência de mais de um profissional capacitado a executar o serviço técnico de natureza singular não leva à obrigatoriedade de licitação, pois, como anotado por Lúcia Figueiredo, "se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos."[28]

IV.12. Registra Adilson Dallari[29] que Lúcia Figueiredo colocou a questão de maneira sintética: "De conseguinte, dois são os fatores que devem, obrigatoriamente, estar presentes: (1) a existência da especialização notória, em síntese, capacidade notória; (2) necessidade dessa especialização notória, por parte da Administração." É dizer, anota Adilson Dallari, invocando o magistério da saudosa Lúcia Figueiredo: "a par de se reunirem no profissional ou firma contratada as características que conotem a notória especialização, deverá estar presente a necessidade técnica da administração de contratá-los, tendo em vista a natureza do objeto pretendido."[30]

IV.13. Existindo, portanto, a apontada singularidade, traço caracterizador da excepcionalidade antes afirmada, será lícita a contratação dos serviços técnico-profissionais de advogado, sem licitação, que há de ser analisada e decidida caso a caso, em razão da complexidade e relevância da causa a que vinculados os serviços a serem prestados. Em razão disso, a contratação dessa natureza não pode ser genérica, isto é, para atuação em processos diversos durante determinado período. A generalidade é incompatível com a singularidade dos serviços que a lei exige. Destarte, ausente a natureza singular da atuação, indispensável o processo licitatório.

IV.14. No entanto, perfeitamente viável a contratação, sem licitação, e desde que o profissional possua notória especialização, como se verá, para a prestação de serviços em causas, ou mesmo para a prestação de assessoria, quando se

---

[27] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. Dialética, p. 286.

[28] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos Licitantes*. 4. ed. Malheiros, p. 32.

[29] DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7. ed. Saraiva, 2006, p. 61.

[30] FIGUEIREDO, Lúcia Valle, ob. cit., p. 29; *ap.* DALLARI, Adilson Abreu, ob. e loc. cits.

tratar de matéria que, por sua relevância e importância para a Administração, esteja a exigir uma atuação diferenciada, com a marca pessoal do contratado, a conferir singularidade aos serviços a serem prestados.

IV.15. Aqui, abre-se oportunidade para o exercício da discricionariedade por parte do administrador, ao qual compete analisar cada caso e atribuir-lhe a relevância e importância que tem para a defesa do interesse público. E, uma vez constada a existência de tal circunstância, poderá buscar o profissional de notória especialização que, a seu critério, melhor atenda à necessidade administrativa do momento.

V. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

V.1. A notória especialização é o terceiro requisito para a contratação direta de serviços técnico-profissionais relacionados no art. 13 da Lei nº 8.666/93, de natureza singular. Dissertando a respeito do tema, leciona Adilson Dallari:

> Os textos legais (...) nos casos de serviço técnico especializado, exigem apenas que o executante seja pessoa ou firma de notória especialização. Essa notoriedade oferece considerável dificuldade interpretativa e, em nosso entender, não dispensa a comprovação da efetiva capacitação especial, em face de cada específico contrato a ser celebrado. Resta, portanto, um difícil problema para ser solucionado: qual o critério que permite qualificar uma empresa ou uma pessoa como dotada de notoriedade? Sobre essa questão assim se manifestou Hely Lopes Meirelles: Não há padrões objetivos para se identificar a notória especialização a que se refere à lei. Por isso mesmo há que ser reconhecida por critérios subjetivos do conceito geral de que goza o profissional ou a empresa no campo de sua especialidade. Esse conceito se forma pelo bom desempenho do especialista ou da firma especializada em serviços anteriores, aliado aos estudos, experiências e publicações técnicas ou científicas sobre a matéria, atestando a capacidade e a idoneidade profissionais. Notoriedade é, em última análise, para fins de dispensa de licitação, a fama consagradora do profissional no campo de sua especialidade.[31]

V.2. Para Justen Filho, não consiste ela propriamente em requisito de inexigibilidade de licitação, "mas em pressuposto a ser utilizado na seleção do particular a ser contratado. Após reconhecer tratar-se de caso de inexigibilidade, a Administração deve escolher um sujeito para ser contratado: a notória

[31] DALLARI, Adilson Abreu, ob. cit., p. 61; MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 6. ed., p. 40.

especialização é um requisito a propósito da identidade do contratado".[32] É que a inexigibilidade de licitação decorre da impossibilidade de competição, em razão da singularidade dos serviços profissionais a serem prestados, entendida a singularidade em sua dimensão objetiva e subjetiva, isto é, a complexidade e relevância dos serviços, que estão a exigir do prestador "um desempenho que demande uma qualificação incomum".[33]

V.3. Essa atuação especial seria consequência da notória especialização que a Lei nº 8.666, de 1993, definiu no § 1º do art. 25:

> Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

V.4. Dois são, portanto, os requisitos para que o profissional seja contratado para a prestação de serviços de natureza singular descritos no art. 13: que ele possua especialização e que esta seja notória. A especialização, nos termos da lei, pode decorrer de vários fatores, entre os quais o desempenho anterior na mesma atividade, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento ou outros requisitos relacionados com o trabalho a ser prestado. Vale, no ponto, a famosa frase de Albert Einstein, a dizer que "a única fonte de conhecimento é a experiência". Penso que Einstein teria dito *única* com o sentido de principal.

V.5. A expressão "outros requisitos relacionados com sua atividade" está a demonstrar que o dispositivo legal não pretendeu ser exaustivo na indicação dos elementos que possam ser tomados como indicativos da especialização. O que a lei estabelece são alguns fatores que se mostram capazes de revelar a especialização, sem, contudo, impedir que outros não relacionados possam ser considerados para a correta avaliação do grau de especialização do profissional a ser contratado.

V.6. Martines Júnior lembra que é irrelevante que o profissional tenha amealhado conhecimentos substanciosos, mas gerais, sobre determinado campo do saber. A lei refere-se à "especialização conseguida ao longo do tempo e

---

[32] JUSTEN FILHO, Marçal, ob. cit., p. 286.

[33] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 517.

comprovada da forma que ela própria determina. Essa exigência afasta, logicamente, aqueles que não atuaram, ou pouco atuaram, na área para a qual se pretende a contratação sem licitação (...)".[34]

V.7. Por outro lado, não é suficiente, para a dispensa da licitação, que haja a especialização. Indispensável que ela seja notória. É dizer, do conhecimento geral no campo de atuação do profissional. Essa notoriedade diz respeito com o conceito por ele alcançado no campo de suas atividades, de modo que se possa concluir ser ele o mais indicado para a contratação, sem licitação, para a prestação dos serviços de natureza singular. Sobre a adequação dessa escolha é que não pode pairar dúvida. Daí lecionar Martines Júnior:

> Por outras palavras, a lei exige que para o reconhecimento da notória especialização, é mister que o conceito do profissional no seu campo de especialidade seja tão patente, em função das atividades (lato sensu) desenvolvidas, que permita concluir ser o seu trabalho essencial, indispensável ou fundamental e, além disso, indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.[35]

V.8. Decidindo a respeito do tema, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro assentou:

> (...) Como bem analisado pela Procuradoria do Município, a notória especialização do profissional deve também ser aferida em cada caso concreto, dependendo do serviço a ser realizado. Não implica em dizer que o profissional registrado em seu conselho de classe já tenha 'notória especialização'. Pode ter especialização, a qual será notória, dependendo de sua atividade profissional. Depreende-se que a experiência profissional é um indicativo de notória especialização que não se confunde com títulos de doutorado, mestrado, participação em banca examinadora. Logo, não se exige popularidade, muito embora o profissional ou empresa não goze de fama tal que sejam identificados como especialistas em qualquer círculo, é possível que, ao menos naquele complexo de empresas ou profissionais que atuam no setor, o mesmo possa ser identificado como detentor de especialidade na área de interesse da Administração. (...)[36]

V.9. Não há dúvida, acrescentamos, que títulos acadêmicos – mestrado, doutorado, participação em bancas examinadoras de concurso público

---

[34] MARTINES JÚNIOR, Eduardo, ob. cit., p. 129.

[35] MARTINES JÚNIOR, Eduardo, ob. e loc. cits.

[36] TCMRJ, Processo 40/002.455/2006, Sessão Plenária de 28/08/2006, Relator Conselheiro Sérgio Cabral, Revista TCMRJ, 34, dez. 2006, 133/134.

– constituem bons indicativos de saber jurídico. Todavia, quando se trata de contratação de advogado para cuidar de serviço de natureza singular, não há como deixar de exigir, sobretudo, experiência profissional, vale dizer, efetivo exercício da advocacia de forma continuada no setor da especialização, ou exercício de cargos de magistério, da magistratura e nas procuradorias jurídicas estatais, inclusive no Ministério Público, nos quais a matéria ali tenha sido cuidada pelo profissional, do que terá dado mostra mediante a publicação de votos, sentenças, artigos de doutrina, pareceres.

V.10. Em suma: a lei considera inexigível a licitação, para a contratação de serviços técnico-profissionais, incluindo os de advogado, quando se tratar de serviço de natureza singular, de complexidade e relevância para a Administração Pública, e desde que o contratado possua notória especialização no ramo profissional pertinente. Esse entendimento significa que o processo de licitação não poderá ser afastado mesmo que o serviço seja de natureza singular, mas a contratação venha a recair sobre profissional não detentor de "notória especialização". E também será necessária a licitação para a contratação mesmo de profissional de notória especialização, caso o serviço não apresente a natureza singular de que fala a lei, isto é, não traga em si a necessidade de uma atuação especializada.

VI. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

VI.1. A jurisprudência também tem entendido que a contratação de serviços técnico-profissionais, para tornar inexigível a licitação, deve atender não apenas ao requisito da singularidade, mas também ao da notória especialização. A ausência de qualquer um deles torna a contratação ilegítima, podendo haver, em tese, até mesmo a prática do crime capitulado no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

VI.2. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 37.102, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua 5ª Turma, embora tivesse denegado a ordem por demandar o pedido exame aprofundado da prova, reconheceu que a inexigibilidade de licitação, de que cuida o art. 25 da Lei nº 8.666/93, exige o atendimento de três requisitos: (i) a enumeração do serviço no art. 13 do mesmo diploma legal; (ii) sua natureza singular, em razão de sua complexidade e relevância; e (iii) a notória especialização do profissional a ser contratado.[37]

---

[37] HC nº 37.102, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 09/02/2005.

VI.3. Também no Recurso Especial 704.108, a 5ª Turma voltou ao tema, dando provimento ao recurso para cassar acórdão, ao argumento de que a Corte, para rejeitar a denúncia apresentada pela prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, não examinara o atendimento daqueles mesmos requisitos do art. 25 do diploma legal: serviços singulares e notória especialização do contratado.[38]

VI.4. O Superior Tribunal de Justiça voltou a examinar a matéria, por sua 2ª Turma, mantendo acórdão proferido em ação civil pública que objetivava a anulação de contrato firmado com escritório de advocacia sem a realização do competente processo licitatório. Valeu-se o Tribunal, para manter a anulação do contrato, do entendimento manifestado pela 5ª Turma, vale dizer, considerou que os serviços relacionados a operações de crédito não apresentavam a natureza singular exigida por lei, e que não restara demonstrada a notória especialização do escritório contratado. Em seu voto, salientou o relator, ministro João Otávio de Noronha, que as "questões atinentes ao direito financeiro (ou bancário, como alguns propugnam) estão, atualmente, bastante disseminadas e exigem, tanto quanto qualquer outro ramo do direito, eficiência na condução de processos judiciais", além do que não havia, nos autos, "menção alguma a eventual notoriedade dos profissionais que compõem o escritório recorrente em relação a outros que atuam no mesmo ramo, o que justificaria a dispensa de licitação."[39]

VI.5. Da ementa desse julgado consta que a discricionariedade administrativa somente tem lugar, de forma legítima, após a constatação da singularidade do serviço a ser prestado, caso em que a Administração, existindo mais de um prestador em condições de ser contratado, poderá livremente escolher aquele que lhe pareça mais adequado ou que lhe inspire maior confiança.

VI.6. No Resp. 1.288.585-AgRg-AgRg/RJ, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua 1ª Turma, acentuou:

> (...)1. A contração direta de serviços de advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalas), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei nº 8.666/93, arts. 25, II e 13, V), avaliada por um

[38] REsp nº 704.108, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 16/05/2005.

[39] Resp nº 436.869, Rel. Min. João Octávio de Noronha, DJ 01/02/2006.

> juízo de razoabilidade, o que não ocorre quando se trata de advogado recém-formado, sem experiência profissional.(...).[40]

E no AREsp 585.769-AgRg/CE, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que

> a notória especialização jurídica, para legitimar a inexibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável e que a especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei nº 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.(...).[41]

VI.7. O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, confirma o quanto exposto ao longo deste trabalho, vale dizer, a necessidade, para que ocorra inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, da Lei nº 8.666, de 1993, da presença dos dois requisitos: relevância da matéria, que se confunde com a sua singularidade, e a especialização. No julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 72.830, de que fui relator, quando integrava o Supremo Tribunal, decidiu a 2ª Turma negar provimento ao recurso no que dizia respeito ao foro por prerrogativa de função, mas concedeu a ordem de ofício para trancar ação penal por infração ao art. 89 da Lei nº 8.666/93. Reconheci, na oportunidade, no que fui acompanhado pelos meus pares, que a contratação, tratando-se de advogado, se situava entre os casos de inexigibilidade de licitação, em razão da especialização e por se tratar de "serviço de interesse público, em proveito da própria Administração".[42]

VI.8. Acrescente-se que, no RE nº 195.436, a ministra Ellen Gracie, monocraticamente, deu provimento ao recurso, para considerar ilegal contratação sem prévia licitação, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria da Subprocuradora-Geral Helenita Caiado de Acioli, que sustentou: "Embora a legislação autorize a dispensa de licitação sempre que os contratados, pessoas físicas ou jurídicas, possuam notória especialização, a contratação do recorrido não se enquadrou em nenhuma dessas hipóteses."[43]

VI.9. O ministro Joaquim Barbosa determinou o trancamento do Inquérito nº 2.045, que tramitava perante o Supremo Tribunal Federal, por envolver

---

[40] REsp nº 1.288.585-AgRg-AgRg/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 09/03/2016.

[41] AREsp nº 585.769-AgRg/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 11/02/2015.

[42] RHC nº 72.830, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16/02/1996.

[43] RE nº 195.436, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21/02/2002.

Prefeito Municipal que se elegera Deputado Federal, e que também se referia à contratação de advogados sem licitação, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, do qual se extrai:

> 12. Assim sendo, nos termos da Lei de Licitações, para que se configure hipótese de inexigibilidade há de se tratar de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração. Caberá ao administrador público, dotado de poder discricionário, sem se afastar do princípio da moralidade administrativa, apontar as hipóteses de singularidade do serviço. 13. Com efeito, a singularidade do serviço e sua relevância para a Administração podem resultar de inúmeras situações de fato, e, sobretudo no tocante à atividade de assessoramento técnico-jurídico, afiguram-se muitas vezes, na prática, difíceis de precisar. (...). 15. No caso em apreço, ao que se vê dos autos, os contratos firmados entre o Município de Belo Horizonte e os advogados tinham por escopo, especialmente, o desempenho das atividades de consultoria, assessoria e advocacia nas áreas de direito eleitoral e desapropriação, para causas certas e específicas. A complexidade das causas, aliada às qualificações profissionais dos advogados indicados, justificou a contratação, tornando-se inexigível a licitação, nos exatos termos do art. 25 da Lei nº 8.666/93.[44]

VI.10. Na AP 348, Relator o ministro Eros Grau, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida (...) A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 'Serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf. o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na

[44] Inq. nº 2.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23/10/2003.

> qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da administração.[45]

VI.11. Nesses julgados, considerou-se inexigível a licitação quando presentes os dois pressupostos legais: singularidade dos serviços, isto é, sua complexidade e relevância, e a notória especialização do profissional a ser contratado, além da confiança da administração. (Voto do Min. Eros Grau, acima transcrito)

VI.12. No Inquérito 3.077, o Supremo Tribunal deixou expresso:

> (...)o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso, concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. (...).[46]

VI.13. No Inquérito 3.074, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

> (...)A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional: c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. (...)[47]

VI.14. Convém esclarecer que, no julgamento dos RREE 656.558 e 610.523, ambos com repercussão geral declarada, incluídos em pauta do Plenário, aguardando data, o Supremo Tribunal Federal definirá se configura ato de improbidade administrativa a contratação de serviço de advocacia sem licitação.[48] Na ADC 45, proposta pelo Conselho Federal da OAB, pede-se seja declarada a constitucionalidade dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que permitem a contratação de advogados por ente público sem licitação (inexigibilidade de licitação). Na inicial, foram citadas decisões do STJ, em que

---

[45] AP 348, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 03/08/2007, em "A Constituição e o Supremo", STF, Brasília, DF, 2016, ps. 621-622; disponível em: <www.stf.jus.br/Jurisprudência>.

[46] Inq 3.077, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 25/09/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/Jurisprudência>.

[47] Inq 3.074, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ de 03/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/Jurisprudência>.

[48] RREE 656.558 e 610.523, Rel. Min. Dias Toffoli.

advogados contratados sem licitação pelo Poder Público foram condenados em ações de improbidade. O relator, ministro Roberto Barroso, adotou o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99. Não foi, ainda, pedido pauta. Anote-se, entretanto, que ocorre que os tribunais não dão pela inconstitucionalidade dos dispositivos apontados. O que se exige é o cumprimento de requisitos inscritos na lei, conforme vimos. A ação certamente não será conhecida.

VII. A LICITAÇÃO QUANTO ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA

VII.1. Como visto, a obrigatoriedade de licitação prévia para as contratações com o Poder Público atinge tanto a administração direta quanto a indireta (Constituição Federal, art. 37, inciso XXI). A competência para legislar sobre a matéria é federal, nos termos do art. 22, inciso XXVII, que, em sua primitiva redação, dispunha caber privativamente à União legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle". O inciso XXVII do art. 22 tem, atualmente, a seguinte redação: "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III." Voltaremos a esse tema.

VII.2. Em consequência da previsão constitucional anterior, a Lei nº 8.666, de 1993, dispôs, em seu artigo 119, que as sociedades de economia mista, assim como as empresas e fundações públicas e demais entidades mantidas pelo Poder Público, conquanto pudessem editar regulamentos próprios para suas licitações, estariam sujeitas aos seus termos. Em outras palavras, tais regulamentos não poderiam contrariar os dispositivos da Lei nº 8.666/93.

VII.3. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, deu nova redação ao § 1º do art. 173, da Constituição, dispondo: "A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – (...) II – (...) III – licitação

e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – (...)." Em consequência, também o inciso XXVII do artigo 22 teve que ser alterado, para nele acrescentar-se que as normas gerais de licitação observariam, no que diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista, o disposto no § 1º, inciso III, do art. 173, em sua nova redação.

VII.4. Estabeleceu a Constituição Federal, portanto, que as empresas públicas e sociedades de economia mista, entre outras entidades, não estariam sujeitas aos termos da Lei nº 8.666/93, mas a regime próprio de licitação, que, no entanto, continuou obrigatória. Analisando a alteração do texto constitucional, anota Maria Sylvia Di Pietro:

> A natureza empresarial das empresas estatais, sejam elas prestadoras de atividade econômica privada, ou de serviço público de natureza comercial ou industrial, justifica venham a receber o mesmo tipo de tratamento. Também nada impede que a legislação que venha a disciplinar a matéria estabeleça procedimentos diferenciados em função do tipo de atividade. Apesar da péssima redação do artigo 22, XXVII, é possível o entendimento de que o intuito foi o de adotar procedimento simplificado para as entidades que tenham natureza empresarial, independentemente do tipo de atividade que exercem. Por isso, a melhor interpretação é aquela segundo a qual todas as empresas estatais poderão sujeitar-se a outro procedimento que não o previsto na Lei nº 8.666.[49]

VII.5. Em suma: reconheceu a Constituição que as empresas estatais que exercem atividade econômica, notadamente em regime de livre concorrência com as empresas do setor privado, necessitam de regras mais flexíveis no que diz respeito ao procedimento licitatório, sob pena de se inviabilizarem em mercado altamente competitivo, como ocorre em alguns setores da economia.

VII.6. Doutrina e jurisprudência entenderam que, enquanto não viesse a lume a lei que submetesse as empresas públicas e as sociedades de economia mista a um regime simplificado de licitação, estariam essas empresas – públicas e mistas – sujeitas ao regime da Lei nº 8.666, de 1993, tendo em vista o disposto no art. 37, XXI, da Constituição. No tocante à Petrobras, decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar, deram pela legitimidade do regime simplificado, Decreto 2.745, de 1998, com fundamento no art. 67 da Lei nº 9.478, de 1997, que dispôs sobre a política energética nacional.

---

[49] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 360.

VII.7 Finalmente, editou-se a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito e dos Municípios, que, no Capítulo II do Título II, artigos 28 e seguintes, dispôs a respeito da exigência de licitação e dos casos de dispensa e de inexigibilidade. No art. 28, estabeleceu que

> os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 29 e 30.

No § 1º deixou expresso que "Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006".

VII.8. A citada Lei nº 13.303, de 2016, dispôs, no art. 29, incisos I a XVIII e §§ 1º a 3º, sobre as hipóteses de dispensa da realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista. E no art. 30, incisos I e II, alíneas "a" a "g" e §§1º a 3º, incisos I a III, relativamente à contratação direta, sem licitação. Estabelece o art. 30:

> Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: I – (...) II – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: a) (...) b) (...) c) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; d) (...) e) (...). O § 1º do art. 30 preceitua que considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

VII.9. A Lei das Licitações, Lei nº 8.666, de 1993, § 1º, do art. 25, considera "notória especialização" da mesma forma, ipsis litteris. Certo é que, na Lei nº 8.666/93, inciso II do art. 25, está dito que os serviços técnicos seriam "de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização." Já o art. 30, II, da Lei nº 13.303/2016, reza: "contratação dos seguintes serviços

técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, (...)," sem mencionar o adjetivo *singular.* É dizer, o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, Lei nº 13.303/2016, simplificou a questão, no ponto, ou seja, no que diz respeito ao tema que estamos cuidando – contratação direta, sem licitação, de serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas – suprimindo a expressão ou o adjetivo *singular.* No mais a matéria continua da forma como foi exposta linhas atrás.

VIII. CONCLUSÃO

VIII.1. Assim posta a questão, pode-se formular a seguinte síntese conclusiva.

VIII.2. A contratação de serviços jurídicos, sem licitação, por inexigível, deve ater-se aos termos da lei, pois apenas dessa forma estarão atendidos os princípios constitucionais da Administração Pública. (CF, art. 37).

VIII.3. O personalismo da prestação dos serviços será decorrência natural da existência da singularidade dos serviços a serem prestados e da notória especialização que se exige.

VIII.4. No que toca às empresas públicas, às sociedades de economia e suas subsidiárias, que exercem atividade econômica, a Lei nº 13.303, de 2016, art. 30, II, limita-se a dizer "serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização." O conceito de "notória especialização" da Lei nº 13.303/2016, § 1º, é o mesmo da Lei nº 8.666/93, art. 25, §1º.

VIII.5. Do mesmo modo, a relação de fidúcia tida como necessária entre cliente e advogado não permite sejam inobservadas as regras legais de inexigibilidade de licitação, cabendo o exercício do poder discricionário da Administração somente nas hipóteses de existência de mais de uma pessoa, física ou jurídica, portadora da notória especialização para prestação do serviço de natureza singular, observado o que foi dito relativamente à empresa pública e à sociedade de economia mista.

VIII.6. Não há falar em consequências danosas na contratação pelo menor preço para os casos que não apresentam complexidade ou a singularidade exigida pela lei, e que, por isso mesmo, não requerem notória especialização do prestador dos serviços.

VIII.7. Os parâmetros para se aferir a complexidade e a relevância dos serviços técnicos a serem prestados, que lhes conferem a natureza singular, cabe ao Administrador demonstrar, caso a caso, para reconhecer-se a inexigibilidade da licitação e a possibilidade de se buscar, no mercado, o profissional de notória especialização para prestá-los. No que toca às empresas estatais que exercem atividade econômica, observa-se o que acima foi dito, relativamente à natureza singular do serviço técnico.

VIII.8. O requisito da notória especialização não significa que exista apenas um profissional capaz de prestar os serviços. Havendo mais de um, cabe ao administrador, no exercício de seu poder discricionário, escolher aquele que, a seu critério, melhor atenda o interesse público.

VIII.9. As situações emergenciais, inesperadas e imprevisíveis, não constituem hipóteses de inexigibilidade de licitação, mas de dispensa, prevista na Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso IV.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESEJO DE PUNIR, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Caroline Mesquita Antunes[1]

INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo busca-se analisar a crise de confiança enfrentada pelo povo brasileiro em face das instituições democráticas. Em razão dos inúmeros escândalos de corrupção e da crise de segurança pública que assola o país.

Para isso, discorrer-se-á sobre o anseio pela punição advindo da sociedade e a tentativa de resgate da confiança por intermédio do sistema penal.

Será demonstrada a aproximação entre esse viés de conduta e os ensinamentos de Gunter Jakobs, no funcionalismo penal e direito penal do inimigo - temática obscura e que se aproxima de afirmações totalitárias e perigosas.

O foco principal é demonstrar o modo como essa onda de punitivismo configura um retrocesso ao Estado democrático e um atentado ao princípio da presunção de inocência.

1. A SOCIEDADE E O ANSEIO PELA PUNIÇÃO

Vive-se no Brasil uma descrença generalizada nas instituições democráticas, seja por conta dos escândalos sobre corrupção envolvendo líderes dos

[1] Mestranda no PPGD da UFMG.

mais diversos órgãos públicos do país, seja pelo aumento da criminalidade ou pela crise na saúde, na economia e na educação.

A segurança pública é recorrente nas pautas de jornais, bem como nos planos de governo dos candidatos às eleições, nas pesquisas acadêmicas e não poderia ser diferente, o país é recordista em homicídios, possui presídios superlotados e têm taxas de criminalidade em ascensão.

Fato é que a população está insatisfeita com a realidade do país e com os representantes governamentais e esse cenário parece gerar forte anseio por soluções imediatistas às mazelas sociais. O que parece favorecer discursos ideológicos com forte viés punitivista com uma série de ofensas às garantias do imputado, por meio do endurecimento das leis, da redução da menoridade penal e do encarceramento como solução simplista.

Todavia, sabe-se que o direito penal não pode se apegar a simbolismos que ilude os seus destinatários por meio de uma solução barata e, não raro, demagógica, já que as raízes dos problemas sociais subjacentes a toda manifestação delituosa atinge os problemas sociais em suas consequências e não em suas causas. É em razão disso que a criação de mais tipos penais significa mais pessoas encarceradas, mas não necessariamente menos delitos (QUEIROZ, 2005).

Apesar disso, ainda é comum o discurso de magistrados e operadores do Direito alegando que a falta de punição na sociedade brasileira é a razão para o aumento da criminalidade. Outros tantos ainda defendem a ideia de que se criou uma sociedade em que o crime frequentemente compensa[2]. Nesse sentido ressalta BITENCOURT:

> Nossos governos utilizam o *Direito Penal* como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrária e simbolicamente o direito penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade (BITENCOURT, 2014).

[2] Conforme declarou o Ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* nº 152.752: "Criamos um país de ricos delinquentes, um sistema judicial que não funciona e faz as pessoas acreditarem que o crime compensa".

Aury Lopes Jr. pontua que diante da imersão nesse problema há uma dificuldade em fazer o esforço do afastamento, do estranhamento, em relação ao ritual Judiciário[3] brasileiro, principalmente na esfera criminal, em que se tem um processo penal primitivo e inquisitório.

Essa realidade, sem dúvida, preocupa os constitucionalistas, uma vez que o Poder Legislativo busca responder o anseio popular com a criação de novos tipos penais (muitos deles desnecessários) e com o aumento das penas. Muito embora o país possua a terceira população carcerária do mundo e em que quase metade dos presos são provisórios[4].

Trata-se do direito penal simbólico estampado em mídias e jornais e agora alcançando não apenas pretos, pobres e periféricos, mas invertendo a lógica e colocando ricos ou pessoas de alto nível intelectual no banco dos réus para dizer que o Estado está fazendo alguma coisa e combatendo a criminalidade.

São argumentos que aparecem maquiados como tentativa de boa-fé, uma espécie de cruzada moral em nome da justiça, e utilizam-se até mesmo de medidas arbitrárias como ofensa à presunção de inocência, à ampla defesa e até delações de pessoas presas ou que não poderiam delatar. Como se o fato de alcançar mais pessoas com o Direito Penal resolvesse os problemas, como se a esfera criminal fosse mecanismo dos direitos fundamentais.

Todavia, é importante ressaltar, para aqueles embriagados pela onda de punitivismo, o fato de pessoas em melhor condição social serem conduzidas coercitivamente, sem necessidade ou até presas prematuramente e expostas nos noticiários como se condenados fossem, lhes dá a impressão de que o sistema está se nivelando. No entanto, o que tem se nivelado é a injustiça, não a promoção da Justiça para todos (DIETER, 2017).

Situação que, segundo Lênio Luiz Streck, revela um retrocesso perante a Constituição da República, a qual não raras vezes tem sido relativizada. O jurista aponta a crítica situação encontrada por aqueles que optam por aplicá-la em prol das garantias processuais, pois seus atos são interpretados como subversivos e revolucionários.

É fomentado por esse anseio por punição e pela substituição do Direito pela moral que se tem visto as garantias constitucionais enfraquecidas.

---

[3] "Ritual judiciário" na perspectiva de Antoine Garapon, na obra GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: editora Piaget, 2014.

[4] Segundo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2017.

Streck há muito tem falado sobre a celeuma dos representantes da justiça: delegados que indiciam políticos por intuição, juízes e membros do Ministério Público negando o direito ao silêncio entre várias outros imbróglios. Para esse jurista, trate-se do "espírito desta época", o Zeitgeist da "*wäscht schnell*" (lava rápido ou "a jato") que se transformou em uma ideologia e cujas maiores consequências recairão sobre aqueles com menores condições de se defender (STRECK, 2018).

É perceptível que atualmente estão em cartaz os "julgamentos penais". Nesse sentido, Rubens Casara aponta o atual fascínio pelo crime, ora como objeto de repulsa, ora de identificação, a crença nas penas, apresentadas como solução para os problemas sociais, as quais somados a um certo sadismo (na medida em aplicar uma "pena" é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento (CASARA, 2015).

O problema alertado por Casara é que no processo penal voltado para o espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais. A dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão de entretenimento.

2. RESGATE DA CONFIANÇA NO SISTEMA PENAL

Vê-se, então, a ocorrência do que Jean Bodin denomina de seletividade punitiva. Onde as execuções, prisões e condenações servem para resgatar confiança no próprio sistema (*Apud* ZAFFARONI, 2007).

Nesse sentido, Christiano Fragoso ressalta que a alavanca para a escalada nazista muito se deu diante as inseguranças sociais e econômicas enfrentadas pela Alemanha a partir da crise de 1929, o que levaria o povo a encarar até a democracia como um problema (FRAGOSO, 2015).

Esse autor pontua as semelhanças com o cenário jurídico atual ao afirmar que para os juristas nazistas o processo penal da República de Weimar conferia direitos demais aos indivíduos, *o que contribuiria para a leniência e para a perda de autoridade da justiça criminal* (p. 188). Uma vez que precisavam prevalecer os interesses da comunidade sobre os direitos do cidadão acusado. Nesse sentido:

> *o princípio da legalidade, principalmente nas exigências de certeza e de proibição de analogia, tem sofrido ataques terríveis. O conceito de bem jurídico tem sofrido notável liquefação, perdendo totalmente capacidade limitativa de expansão de punição, transformando-se, ao contrário, em motor dessa*

> *expansão. São notáveis, na regulação (e, principalmente, na interpretação) dos tipos e das sanções penais, tendências à adoção de diversos aspectos de direito penal da vontade, de periclitação e de autor. Nota-se, claramente, uma tendência à expansão dos crimes omissivos, seja pela edição de leis penais, seja pela sub-reptícia prevalência da ideia de antijuridicidade material sobre a antijuridicidade formal. A culpabilidade do autor tem sido, cada vez mais, admitida na doutrina e na jurisprudência, deixando a porta escancarada para apenações calcadas em estereótipos, e não nos injustos praticados. As tendências nacionais e mundiais ao endurecimento das penas e de sua execução (principalmente daquelas que normalmente se abatem sobre as camadas mais desfavorecidas da população) e a (re-)introdução de medidas de segurança rígidas mostram que, na hora da verdade, o sistema penal tende a ficar incrivelmente duro.* (FRAGOSO, 2015, p. 387/388)

2.1 FUNCIONALISMO PENAL SISTÊMICO

Ademais, a atual conjuntura jurídica-política do país parece de alguma maneira aproximar-se da teoria do funcionalismo sistêmico do jurista alemão Gunther Jakobs, desenvolvida na década de 1980, motivo de muitas polêmicas e debates no mundo jurídico ainda hoje.

Jakobs sustenta a tese de que o Direito Penal possui como escopo primordial, a reafirmação da norma e por isso busca fortalecer as expectativas dos seus destinatários.

Essa teoria entende que a não observância de uma regra social é vista de modo socialmente disfuncional, pois questiona a "confiança institucional" no sistema (GOMES, 2007, p. 148).

Desse modo, a "expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao Direito", resulta em ofensa à plenitude e solidez social. Isso porque a teoria sistêmica não está preocupada em proteger bens jurídicos, mas objetiva resguardar a confiança institucional no sistema e seu bom funcionamento (GOMES, 2007, p. 148).

Enquanto outras correntes do direito penal colocam a dignidade da pessoa humana como centro do sistema, o que parece ser mais adequada aos tempos democráticos vividos, Jakobs faz diferente e coloca a sociedade no centro do sistema.

Isso porque o autor dessa teoria entende a pessoa como um instituto jurídico, sujeito de direitos e obrigações em obediência ao seu papel social. Caso o indivíduo abandone seus atributos de pessoa jurídica, deixa de ser tratada assim, não podendo usufruir dos princípios do processo penal democrático.

2.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Uma outra vertente que merece ser assimilada de forma apropriada é o Direito Penal do Inimigo, bem como o que este representa ao funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, segundo a ótica de que o Direito Penal persiste e objetiva estabilizar as relações sociais. Nesse sentido, revela Jakobs que: "o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade" (JAKOBS, 2003, p. 1).

O penalista alemão parte do pressuposto de que a função da pena é afirmar a validade da norma em benefício da estabilização do sistema social, uma vez que a culpabilidade constitui "uma falta de fidelidade ao direito", fundamentando assim a necessidade de pena (MORAES, 2011, p. 134).

Leonardo Schmitt de Bem pontua que essa corrente de Jakobs segue a tese de Hegel de que o indivíduo apenas existe para o Estado e tem seu fundamento em Niklas Luhmann, pois sustenta sua teoria do delito na manutenção do equilíbrio do sistema pelo correto desempenho do papel social de cada indivíduo e, desse modo, faz do sistema social o próprio agraciado da tutela, uma vez que a finalidade é garantir sua própria existência por meio da vigência da norma (SCHIMITT, 2017).

No mesmo sentido, ensina o professor Costa Andrade trata-se da "exteriorização de autorreferência", em que há "a des-subjetivação da pessoa tem como reverso a acentuação da subjetivação do sistema social". O que parece se distanciar da democracia e de um Estado de Direito Constitucional e assim aproximar-se do Direito penal do inimigo (ANDRADE, 2004, p. 115).

Tendência que é uma dentre as diversas preocupações em torno do direito criminal brasileiro, teoria que diferencia inimigos de cidadãos e pode ser vista na nossa realidade por meio da "manipulação" da mídia e a criação de uma campanha publicitária do perfil do inimigo. Aliada ao anseio por punição afasta-se de vários pressupostos basilares do Direito Penal democrático conforme estabelecido na Constituição da República de 1988 e parece também se aproximar do Direito Penal do autor[5]. Campo do direito em que não se pune porque se cometeu um delito, mas "por fazer parte' de alguma maneira, 'ser um deles".

---

[5] O *Direito Penal do Autor* proposto pelos penalistas nazistas fundamentava a aplicação da pena em razão do «ser» daquele que o pratica e não em razão do ato praticado; surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta.

Fragoso aponta uma aproximação entre os sistemas penais nazista e brasileiro contemporâneo. Para esse escritor no processo criminal brasileiro último as práticas são veladas em um discurso que quer se apresentar como neutro. Pois, não se postula pela extinção explícita do inimigo, mas os discursos possuem formulações tão abertas e dúbias, que possibilitam na prática um verdadeiro direito penal do inimigo (FRAGOSO, 2015, p. 388).

2.3 DIREITO PENAL DO AUTOR

Nesse sentido, o Direito Penal do Autor defende uma política repressiva de punição da pessoa pelo que ele é, e não pelo seu ato ou omissão. Trata-se de uma perigosa divisão de lados consistente no "tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade (...), o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade" (JAKOBS, 2007, p. 30).

Esse direito penal do autor que se encontra com o "Direito" Penal do inimigo alcança a esfera processual não se restringindo ao direito material, de modo que o indivíduo ali não será visto como sujeito de direitos e garantias processuais, mas como um indivíduo perigoso, baseando-se na periculosidade instintiva do "inimigo".

Na Alemanha houve uma época em que os alvos eram judeus, comunistas, aqui "traficantes", "corruptos", momento histórico diferente, mas o desprezo pelas garantias do acusado era o mesmo.

Assim, o direito penal do inimigo busca eliminar o perigo, que é o outro, aquele que oferece risco à coletividade a arbítrio do Estado.

3. RETROCESSO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É, portanto, de suma importância reconhecer que o modo punitivista de se proceder aproxima-se em alguns pontos dos institutos do direito penal do inimigo e do direito penal do autor.

As consequências dessa aproximação são diversas, percebe-se a restrição indevida de direitos fundamentais e a exposição ao público de pessoas investigadas como se condenadas fossem.

Essa tendência promove verdadeiro retrocesso ao Estado Democrático de Direito e contribui para inaugurar uma perigosa prática institucional em

que, em nome da luta pela defesa da sociedade, admite-se a adoção de todas as medidas possíveis (constitucionais ou não; legais ou não) tendentes a condenar e excluir aqueles que antes mesmo da persecução penal são considerados culpados (COUTINHO *et al*., 2016).

Parece não mais bastar a criação de inúmeros tipos penais, mais do que isso, é preciso dar resultado à sociedade sedente por punição. Assim, a prisão tem que vir logo. Nas palavras do professor Felipe Pinto, trata-se de uma sociedade com excesso de gozo e pouco desejo, faz-se necessário modular então a presunção de inocência[6].

3.1 Presunção de inocência

Antes de compreender a maneira como no Brasil tem-se modulado esse princípio, faz-se necessário compreender a sua origem histórica.

Nesse sentido explica o autor Alexandre de Moraes:

> A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direito comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das ideias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendidos no pensamento dos sofistas e estoicos (por exemplo, na obra Antígona – 441 a.C. – Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos do homem). Contudo, foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

---

[6] Conforme entendimento do prof. Felipe Martins Pinto proferido na aula da disciplina Presunção de Inocência. Curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte/MG, no dia 20 de agosto de 2018.

O autor Aury Lopes Júnior (2012), aponta como origem do princípio da presunção de inocência o Direito Romano, por meio da criação do *in dubio pro reo*. Esse escritor ressalta que no período mais obscuro da Idade Média essa ideia foi violada e chegou-se a consagrar a presunção de culpabilidade.

Sobre o mesmo assunto Ferrajoli pontua que:

> Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semi culpabilidade e uma semi condenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: 'eu não entendo', escreveu Hobbes, como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia. (2002, p. 441).

Assim, resta demonstrado que essa proteção foi retirada durante certo período do medievo. Mas com o advento do tempo da razão e ruptura com muitos ideais apregoados nos séculos medievais, esse princípio obteve consagração positivada por meio da Revolução Francesa em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 9º, segundo o qual, "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

Apesar das grandes conquistas humanistas percebidas com a revolução francesa, posteriormente, no século XIX por conta do avanço de ideologias totalitárias e descrença na democracia, este princípio foi relativizado em muitos países. Cite-se a Alemanha, já que na República de Weimar a sociedade acreditava que havia direitos demais para os indivíduos *o que contribuiria para a leniência e para a perda de autoridade da justiça criminal* (FRAGOSO, 2015, p. 188).

Ressalte-se, inclusive, que sob a justificativa citada acima os representantes do nazismo modificaram substancialmente o processo penal; criaram novos tribunais e aumentaram a discricionariedade do juiz diante ao acusado; acentuaram os poderes do Ministério Público em desfavor da defesa. Houve também diminuição dos ritos processuais; a abolição da *reformatio in peju e até mesmo* a violação da coisa julgada (CAPELLARI, 2016).

Apenas em 1948 que o princípio da presunção de inocência foi consagrado mundialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 11:

> Art. 11. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em *julgamento público* no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

No Brasil após o período da ditadura militar vê-se uma ruptura do Estado nacional com as ideias daquele governo e uma sede de democracia claramente expressa na Constituição da República de 1988. E não poderia ser diferente tendo em vista os tempos sombrios vividos pelos acusados durante o período ditatorial.

Baseado na dignidade da pessoa humana e na proteção do cidadão contra qualquer abuso do Estado, a Carta Magna consagra dentre tantas outras garantias processuais e individuais o princípio da presunção de inocência.

Não há dúvidas de que apenas por meio da visão do contexto histórico em que foi positivada a presunção de inocência e o quanto significa tal garantia para o ordenamento jurídico é que se pode mensurar a ofensa ao estado democrático de direito que se realiza quando o Supremo Tribunal federal resolve relativizá-lo com o intuito de atender ao clamor social.

3.2 Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência

O Supremo posicionou-se de diversas maneiras a respeito do tema. No ano de 1976, estava em vigência o artigo 1º, inciso I, alínea *n* da Lei Complementar nº 5 de 1970, que tornava inelegível a pessoa denunciada por prática de determinados crimes. O Tribunal Superior Eleitoral entendeu pela inconstitucionalidade da mesma (por interpretação da Constituição), já que não previa expressamente o princípio da presunção de inocência.

Apesar disso, o STF declarou a norma constitucional, conforme decisão no Recurso Extraordinário nº 86.297/SP.

Todavia, posteriormente, haveria mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF, em 2008. Ali, definiu-se que o indivíduo não poderia ser tolhido em sua capacidade eleitoral passiva por processos judiciais sem que neles não houvesse condenação irrecorrível.

Sobre essa mesma questão, o Supremo 2002, em sede de julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.490 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, firmou que apesar da decisão estando sujeita aos recursos especial e extraordinário, a pena poderia ser executada provisoriamente, assim, o entendimento era de que o requisito para o início do cumprimento da pena era a comprovação da culpa.

Conforme se depreende da leitura acima, os posicionamentos adotados pela Corte Suprema não proporcionavam segurança jurídica. Principalmente porque o próprio texto constitucional no artigo 5º, inciso LVII, definiu que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória*.

Nesse sentido, foi a mudança de entendimento ocorrida em 2009, *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, em que se entendeu que a execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afrontaria o Princípio da Presunção de Inocência.

Pouco tempo depois, o retrocesso parecia voltar a rondar as garantias processuais, dessa vez tendo como protagonista o ministro Luis Fux ao proferir seu voto na ADC 29, ADC 30, ADI 4.578, *in verbis*:

> Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral. Propõe-se, de fato, um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas.

O relator da decisão ainda pontuou que:

> Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e ADC 29, ADC 30 ADI 4.578 9 sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/2010.

Todavia, esta decisão representou apenas um indício do retrocesso que viria adiante inclusive na esfera penal. Pois, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, a Corte em sua maioria admitiu a relativização dessa garantia para que o acusado iniciasse o cumprimento da pena após condenação por órgão colegiado, mesmo sem o trânsito em julgado do processo.

O principal argumento apontado pelo relator do processo era de que uma condenação em primeira e em segunda instância representava juízo de culpabilidade.

Ora, não há dúvidas de que a Constituição Federal determina a aplicação da Presunção de Inocência até o trânsito em julgado da condenação penal, conforme artigo 5º, inciso LVII, assim também determina o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, a relativização desse princípio é um atentado à Carta magna, tendo em vista não ser possível contrariar tais dispositivos sem antes declará-los inconstitucionais.

Além de absurdo é igualmente falível, pois conforme bem dito pelo professor Mauricio Dieter, o sistema penal brasileiro é falido, tem sido reformado por 120 anos e apesar do altíssimo número de pessoas encarceradas não obteve a consolidação de direitos, nem a redução da mortalidade (DIETER, 2017)[7]. O que não poderia ser diferente já que a expansão do direito penal não é capaz de resolver todos os problemas da sociedade.

Portanto, há que se dar um basta à produção de leis simbólicas que, ora usa do argumento de que o legislativo é produtivo, ora a produção de leis é usada para aproximar o sistema penal do autoritarismo.

---

[7] DIERTER, Maurício. Criminalizar pode trazer mais problemas do que soluções. Jornal da USP: 2017. set. 1988. Entrevista concedida a Hérika Dias, em 09 de março de 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/universidade/criminalizar-pode-trazer-mais-problemas-do-que-solucoes/>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que o cenário é desanimador para aqueles que fazem uma análise crítica e possuem a convicção de que o sistema penal é estruturalmente incapaz de efetivar direitos fundamentais e resolver mazelas sociais.

Assim, a onda de punitivismo emergencial que tem inebriado a sociedade, bem como operadores do Direito e a configuração do outro como inimigo, denuncia a ausência de virtudes na nossa sociedade e nos remete ao que foi dito por Juvenal, o satirista romano: "A multidão romana segue a bem-aventurança... e odeia aqueles que foram condenados." Todavia, esquece-se que o punitivismo emergencial é fogo consumidor que pode alcançar qualquer um.

Diante desse contexto, parece não haver alternativa, em detrimento ao levante do Estado policialesco, que dormita no interior de todo o Estado de Direito, conforme Zaffaroni já anunciou, cumpre-nos a defesa veemente da democracia, ainda que essa em âmbito brasileiro se mostre frágil e em constante ataque (CAPELLARI, 2015).

É, portanto, hora de repensar estratégias não penais para reduzir a criminalidade e perceber o momento de luta do atual cenário jurídico brasileiro, pois a aproximação dos discursos e decisões punitivistas aproxima-se, ainda que implicitamente, às teorias aqui citadas e isso é um retrocesso à civilização.

Resta, assim, aos penalistas e criminólogos críticos a necessidade de construção de uma resposta político-criminal voltada à desmitificação do sistema penal, à contenção da sua violência e à busca de novas formas de resolução dos conflitos.

Além disso, há que se ter coragem para se posicionar como corrente minoritária ao operar o Direito, ao debater na universidade e apontar as ofensas do atual sistema e da onda de punitivismo que ronda o Brasil.

Parafraseando Nietzsche para dizer que é urgente desenvolver dentro da academia as qualidades inerentes aos bovinos, a faculdade de ruminar. Ler na acepção da palavra, refletir acerca dos escritos e mais do que isso analisar criticamente como temos vivido e perceber o quanto estamos distantes das garantias descritas na Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf>. Acessado em: 18 dez. 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*, 2004, p. 115.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial* (vol. 4). 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

CAPELLARI, Mariana Py Muniz. Somos um Sistema Penal Autoritário? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/308280333/somos-um-sistema-penal-autoritario>. Acessado em: 10 out. 2018.

COUTINHO *et al. Quem adere a cultura punitivista pressupõe que nunca será vítima. Disponível em:* <https://www.conjur.com.br/2016-mar-14/quem-adere-cultura-punitivista-pressupoe-nunca-vitima>. *Acessado em: 19 dez. 2018.*

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acessado em: 19 dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo***:** noções e críticas. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo* – Noções e Críticas. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, vol. I.

MIGUEL, Erika Andrade. *A expansão do Direito Penal*. Disponível em: <https://erikaandrademigueladv.jusbrasil.com.br/artigos/111577115/a-expansao-do-direito-penal>. Acessado em: 09 out. 2018.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo*: A Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal:* legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASARA, Rubens. O processo penal do espetáculo. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>. Acessado em: 08 out. 2018

CASARA, Rubens. O atual momento punitivista e suas contradições. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/28/o-atual-momento-punitivista-e--suas-contradicoes/>. Acessado em: 05 out. 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal***.** Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

SCHIMITT, Leonardo de Bem. *O funcionalismo radical de Gunther Jakobs*. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-funcionalismo-radical-de-gunther--jakobs-1508244707>. Acessado em: 18 out. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. A lavajatolatria, o Carnaval e os *Habeas Corpus* de Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-18/senso-incomum--lavajatolatria-carnaval-habeas-corpus-gilmar>. Acessado em: 12 ago. 2018.

STF – HC: 126.292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVADSCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE N 32, 19/02/2016.

STF – HC: 84.078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

STF – ADPF: 144 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342.

STF – RE: 86297 SP, Relator: THOMPSON FLORES, Data de Julgamento: 17/11/1976, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 26/11/1976 PP-10206 EMENT VOL-01044-03 PP-00579 RTJ VOL-00079-02 PP-00671.

STF – HC 82.490, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29/11/2002 PP-00022 EMENT VOL-02093-02 PP-00263.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69. (Coleção Pensamento Criminológico).

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO JULGADOR

THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE IMPOSSIBILITY OF PRODUCTION OF *EX OFFICIO* EVIDENCES BY THE JUDGE

Felipe Martins Pinto
Hebert Soares Leite[1]

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo julgador no contexto democrático. Para tanto será de fundamental importância delimitar o tema, abordando análise doutrinária e jurisprudencial acerca do princípio da Presunção de Inocência, as regras de tratamento e probatória no contexto do Modelo Constitucional do Processo, e, principalmente, a cognição imparcial do juiz.

Palavras-chave: Modelo Constitucional do Processo. Presunção de Inocência. Imparcialidade.

ABSTRACT: The present article intends to discuss the possibility of production of ex officio evidence by the judge in the democratic context. In order to do so, it will be fundamentally important to delimit the subject, approaching the jurisprudential and doctrinal analysis about the Principle of Presumption of Innocence, the rules of treatment and probative in the context of the Constitutional Model of the Process, and, mainly, the impartial cognition of the judge.

Keywords: Constitutional Process Model; Presumption of Innocence; Impartiality.

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário Newton Paiva. Defensor Público.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Modelo Constitucional de Processo Penal; 2. O Princípio da Presunção de Inocência como núcleo axiológico e normativo da Constituição da República; 2.1. Terminologia; 2.2. A regra de tratamento; 2.3. A regra probatória; 3. A imparcialidade do Juiz como pressuposto da Presunção de Inocência; 4. A impossibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O Processo Penal é uma sucessão de atos realizados em contraditório, com ampla participação das partes, sendo a simétrica paridade de armas daqueles que serão afetados pelo provimento final[2] núcleo central do modelo constitucional em permanente construção.

Neste sentido, a partir dos princípios presentes na Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário se constrói um Modelo de Processo Penal justo e constitucional, devendo ser aplicado em teoria e principalmente na prática.

Assim, está estabelecido na Constituição da República que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII), princípio delineado como a presunção de inocência, corolário de ordem constitucional, e verdadeiro postulado civilizatório. Aplicável ao direito penal, ele estabelece o estado de inocência como regra em relação aos acusados da prática de alguma infração penal.

Não há que se falar em estado de inocência, contudo, sem a existência de um juiz imparcial, equidistante das partes e do objeto do processo.

1. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL

Quando se pretende estudar o Modelo Constitucional de Processo Penal, parte-se da importante relação entre Constituição e Processo, principalmente da compreensão do que se entende por processo.

---

[2] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

Processo é uma sucessão de atos realizados em contraditório, com ampla participação das partes, sendo a simétrica paridade de armas daqueles que serão afetados pelo provimento final núcleo central do modelo.

Necessariamente os afetados pelo provimento final precisam participar da construção da decisão isenta e bem fundamentada, tendo em vista a democratização que se espera do modo de se fazer o processo. O Processo então deve ser pensado em perspectiva constitucional, em um modelo constitucional a partir de princípios expressos e implícitos na Constituição da República, ressaltando um esquema geral ou modelo único de tipologia plúrima que poderá se expandir para se adequar às especificidades de cada microssistema processual[3].

Neste sentido, a partir dos princípios presentes na Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário se constrói um Modelo de Processo Penal justo e constitucional devendo ser aplicado em teoria e principalmente na prática.

Nestes termos, o Projeto de Novo Código de Processo Penal, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados sob o PL nº 8.045/2010 dispõe no art. 7º que "O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação".

Ressalta-se, por conseguinte, a necessidade de se implantar um sistema acusatório e democrático, com a nítida distinção das funções de investigar, acusar, defender e julgar, possibilitando ao juiz a cognição imparcial dos fatos e das provas apresentados pelas partes.

O princípio acusatório, ao estabelecer a separação da função investigatória e acusatória da função judicante, deixa claro que ao juiz não cabe a função de investigar, nem de gerir a prova, pois é característica do sistema inquisitivo.

Necessário assim a superação do sistema inquisitório naquilo que permite ao julgador produzir provas sob a falaciosa justificativa de que se busca a verdade real, substituindo a função do órgão de acusação, em descompasso com o princípio da presunção de inocência, relativamente à sua regra probatória, chamada de *in dubio pro reo,* que deve nortear o julgador no momento de fundamentar sua decisão.

---

[3] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*: corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, c1990.

A cognição judicial imparcial, portanto, está conectada ao sistema acusatório consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e ao próprio modelo constitucional de processo, vez que a cognição parcial afeta o principal princípio processual penal, a presunção de inocência.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NÚCLEO AXIOLÓGICO E NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Os princípios são considerados normas jurídicas de densidade maior que as regras, além disso, são considerados também diretrizes básicas que devem nortear a interpretação e a aplicação do direito.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência surgiu no contexto da Revolução Francesa do século XVIII e foi inserido na Constituição da França em 1791. Em 1948, ganhou maior destaque ao ser previsto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais precisamente em seu art. 11.1: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa."

Dispositivos semelhantes podem ser encontrados na "Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais" em seu artigo 6.2, bem como no "Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos", artigo 14.2 e, ainda, na "Convenção Americana sobre Direitos Humanos", Decreto nº 678/92 – artigo 8º, § 2º.

No Brasil, o mencionado princípio foi expressamente inserido na Constituição de 1988, estando previsto em seu art. 5º, LVII, sendo expresso na norma: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

É, sem dúvida, o princípio base do processo penal, o núcleo axiológico, valorativo, e normativo da Constituição da República. O que está expresso na norma se irradia por todos os demais princípios, regras e normas jurídicas do ordenamento. Dá origem a diversos outros princípios e determina a forma de condução dos processos penais, garantindo a inocência de qualquer indivíduo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Destarte trata-se de um dos princípios garantidores do devido processo legal, sendo corolário de ordem constitucional, e verdadeiro postulado civilizatório, aplicável ao direito penal, que estabelece o estado de inocência como

regra em relação aos acusados da prática de qualquer infração penal. Consiste, pois, na ideia de que todo acusado é presumivelmente inocente até que se prove o contrário, isto é, até que se comprove, por decisão que não mais se sujeita a recursos, a sua culpabilidade.

2.1. Terminologia

Muito de discute em doutrina e jurisprudência acerca da terminologia correta que se deve dar ao princípio, tendo em vista diferenças terminológicas internacionais e nacionais.

Ressalta-se que a Constituição da República de 1988 em nenhum momento utiliza a expressão presunção de inocência, se referindo somente a presunção de não culpa, vindo, por conseguinte, a maioria da doutrina afirma que se adotou o princípio da não culpabilidade no Brasil.

Diferentemente, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece no artigo 8º, 2 que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

Dessa forma, prevê expressamente o Princípio da Presunção e Inocência.

Não obstante a diferença terminológica, o mais correto é a utilização do termo Presunção de Inocência, uma vez que o indivíduo deve ser considerado inocente para todos e quaisquer efeitos até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal.

> O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (…). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.[4]

Ressalta-se, contudo, que tal distinção terminológica não gera, na prática, efeitos, pois tanto o Princípio da Presunção de Inocência quanto o Princípio da não culpabilidade têm a mesma aplicação e significado. É um postulado normativo civilizatório, um direito fundamental de qualquer pessoa, independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido

---

[4] GOMES, Luiz Flavio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*, vol. 4/85-91, 2008.

imputado, de ser considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a liberdade.

Do princípio da presunção de inocência, ainda, emanam duas regras: a regra de tratamento e a regra probatória.

2.2. A regra de tratamento

A primeira regra derivada do Princípio da Presunção de Inocência diz respeito à forma como o investigado ou o acusado de um crime deve ser tratado durante o processamento.

A regra de tratamento aduz que o indivíduo deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ressalta-se que a norma constitucional é clara nesse sentido, não se podendo fazer firulas interpretativas para se entender de outra forma.

Por conseguinte, o investigado, o acusado e até o condenado em sentença não transitada em julgado devem ser tratados como se inocentes fossem. Assim, antes da sentença transitada em julgado não há que se falar em restrição da liberdade fora daquelas hipóteses de prisão preventiva previstas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

> Regra de tratamento: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).
>
> O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante[5].

[5] Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18/08/2000, parágrafo 119.

Absurdo e inconstitucional o entendimento recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de prisão após a decisão de segunda instancia, mas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória[6].

A presunção de inocência é uma regra civilizatória, um postulado normativo que deve ser aplicado em sua inteireza. É um direito fundamental conquistado a duras penas e, portanto, não pode ser relativizado em nome de uma possível efetividade do direito penal, como quer o Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, se não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, o acusado, independente do crime supostamente praticado, deve permanecer solto até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até não existir mais a possibilidade de recurso.

> O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.
>
> – A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.
>
> Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.
>
> Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.
>
> O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.[7]

---

[6] O Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 julgou possível a execução provisória da pena após confirmação de sentença condenatória pelo Tribunal de segundo grau.

[7] *Habeas Corpus* 96.095/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

A Constituição da República, dessa forma, estabelece, de maneira nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado ou seus agentes no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de caracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal, limite que deve ser respeitado.

2.3. A regra probatória

Além de o acusado ser tratado como inocente, no momento do julgamento, em caso de dúvida relevante, ele deve ser beneficiado, ou seja, a dúvida privilegia o réu no processo penal, daí a expressão "*in dubio pro reo*".

> En caso de duda, hay que absolver. *In dubio pro reo*. Es decir, en caso de insuficiencia de prueba, el juez optará por la inocencia. (...)
>
> Sin embargo, tal formulación de la presunción de inocencia refleja una imagen imprecisa de la realidad. En primer lugar, no es verdad que en caso de que aparezca una duda –aunque sea razonable– se absuelva, porque siempre existen dudas en la mente del juez. Es materialmente imposible que un ser humano no albergue ninguna duda sobre las decisiones que toma, y reconozcamos que la mayoría de esas dudas son razonables, pero acostumbran a despreciarse en favor de razones que se consideran mejores. Cuando un juez pronuncia una sentencia de culpabilidad es imposible que no tenga dudas, aunque las deja de lado porque cree que es mucho más probable la hipótesis de culpabilidad[8].

Nestes termos, como a dúvida no julgamento beneficia o acusado, o ônus da prova no processo penal é de quem acusa, sendo que no caso das ações penais públicas, o ônus probatório é do Ministério Público.

> É por isso que o Supremo Tribunal Federal tem sempre advertido que as acusações penais não se presumem provadas, pois – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – o ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal incumbe, exclusivamente, a quem acusa. Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

---

[8] FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocência. *Revista para el analisis del derecho*, 2016, p. 10.

> É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador[9].

Os princípios democráticos e o modelo constitucional adotado impedem a culpa penal por presunção ou a responsabilidade criminal por suspeita. Nestes exatos termos não podem repercutir em desfavor do acusado situações jurídicas indefinidas, elementos de informação não provados ou juízos prematuros de culpabilidade.

3. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO PRESSUPOSTO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

A imparcialidade é pressuposto para uma decisão legítima e racional, pressuposto então da regra probatória.

Não se confunde, contudo, imparcialidade com neutralidade. Neutralidade é entendida como ausência de influência da vontade ou da paixão do sujeito no resultado da investigação, o que, na verdade, é impossível, tendo em vista que todo ser humano tem paixões, valores e interesses próprios. O juiz jamais pode ser neutro, uma vez que observa o caso concreto a luz de um referencial teórico, seus valores e modos de vida[10].

A imparcialidade deve ser observada pelo Juiz. Configura-se na equidistância das partes, na indiferença pessoal ao resultado do processo que lhe foi confiado e se explica na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos suscetíveis de condicionarem o conteúdo de sua decisão, o que implica na inexistência de interesses pessoais na causa e na situação de terceiro estranho ao objeto do processo. Além disso, a imparcialidade do juiz é requisito irrenunciável de sua atuação e interliga-se diretamente à ampla argumentação, à essência da função judicial, à igualdade entre as partes e à independência judicial[11].

---

[9] *Habeas Corpus* 126.292, São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki.

[10] CHAUÍ, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 358.

[11] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 1997, p. 41/45.

Nestes termos, como a regra de julgamento derivada da presunção de inocência determina que em caso de dúvida relevante o juiz deve absolver o acusado, a imparcialidade é pressuposto para a aplicação do *in dubio pro reo.*

Ressalta-se, contudo, que mesmo inconscientemente o Juiz pode se vincular ao processo. Dessa forma, a imparcialidade exige equidistância em relação às partes e ausência de interesse no objeto do caso, mas, além disso, se exige desconhecimento de elementos de informação, provas ilícitas ou do próprio inquérito policial, sob pena do juiz ficar inconscientemente vinculado aos elementos que conheceu antes da audiência de instrução e julgamento.

Nestes termos, a Teoria da Dissonância Cognitiva explicita que o sistema cognitivo de toda e qualquer pessoa busca a obtenção de harmonia entre o conhecimento e as próprias opiniões, crenças e intuições. Isso posto, a imparcialidade do julgador está cognitivamente comprometida quando ele atua na fase de investigação, quando ele produz provas ou quando ele decide *ex officio,* sem prévio pedido do órgão da acusação[12].

Ademais, as ilusões cognitivas, as heurísticas, os vieses cognitivos endossam a utilização dos elementos de informação colhidos na fase de investigação na fundamentação das decisões e a atuação *ex officio* do juiz na fase de investigação e na fase processual. As heurísticas são estudadas pela Psicologia Comportamental Cognitiva e possibilitam a tomada de decisões por meio de procedimentos de simplificação mental, ou seja, através de juízos cognitivos baseados em conhecimento parcial, sem levar em consideração todas as informações relevantes[13].

Assim, os estudos da Psicologia Comportamental Cognitiva demonstram que o julgador que atua na fase da investigação – decidindo sobre medidas cautelares, sobre o recebimento da denúncia – já constrói previamente uma hipótese e imagem mental dos fatos e, portanto, todos os elementos consonantes serão valorizados e os dissonantes serão subvalorizados ou mesmo não percebidos pelo juiz, tornando-o um terceiro inconsciente manipulado com reflexos na fundamentação das decisões, em que se espera que o julgador valore e valorize as provas e elementos informativos.

---

[12] FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

[13] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 44.

Dessa forma, a existência dos autos da investigação preliminar nos autos do processo judicial influencia em uma decisão judicial viciada e parcial, portanto.

Conforme pesquisa empírica desenvolvida por Bernd Schünemann, restou demonstrado que o julgador que possui conhecimento dos autos do inquérito, decidindo sobre medidas cautelares pessoais ou mesmo no momento do recebimento da denúncia, condena mais frequentemente porque já foi preestabelecida uma hipótese de condenação e, portanto, todos os elementos consonantes com esta hipótese serão supervalorizados, ao passo que os elementos dissonantes, aqueles contrários à hipótese inicial, podem nem vir a ser percebidos ou serão subavaliados, o que é chamado de efeito perseverança. O juiz passa a buscar informações seletivamente para fundamentar sua hipótese inicialmente estabelecida.

> O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores. (...) Em virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo. Por esse motivo, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas.[14]

O juiz que atua na fase de investigação criminal, proferindo decisões, analisando elementos de informação e provas ou mesmo tendo contato com a investigação criminal não é imparcial para julgar o processo judicial decorrente daquela investigação. A permanência dos autos do inquérito policial e demais elementos investigativos nos autos do processo judicial influenciam a futura decisão judicial meritória.

---

[14] SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades,* nº 11, p. 30-50, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: São Paulo, set./dez. 2012, p. 5/6.

A teoria da dissonância cognitiva "analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis (...), bem como a forma de inserção de elementos de consonância" visando a reduzir a dissonância do conhecimento[15]. Essa teoria advinda da psicologia social amolda-se ao processo penal, tendo em vista que o juiz, enquanto terceiro imparcial, alheio aos fatos, no sistema acusatório, se depara com duas versões críveis de verdades, antagônicas, apresentadas pelo órgão da acusação e pela defesa e visa a alcançar o equilíbrio com a fundamentação de sua decisão.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO JUIZ

O julgador no sistema inquisitório, ao acumular as funções de investigar, acusar e julgar, desenvolve um *quadro mental paranoico* e, uma vez eleita a hipótese, o que ocorre na fase de investigação, vai à cata de provas que corroborem a hipótese previamente imaginada por ele. Decide-se antes, para depois buscar provas para a fundamentação da decisão, o que se denomina de primado das hipóteses sobre os fatos[16].

> O inquisidor trabalha em segredo o quanto quer, sobre os animais que confessam; concedida uma hipótese, sobre ela constroem-se conjecturas indutivas; a falta do debate contraditório abre uma passagem lógica ao pensamento paranoico; tramas sofisticadas eclipsam os fatos. *Dono do tabuleiro, ele dispõe de peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao mundo onírico: tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos pairam e se movem em quadros manipuláveis [...]. Jogo perigoso, pois o escrevente (inquisidor) redige com liberdade, seletivamente atento ou surdo aos dados, de acordo com a convalidação ou não da hipótese; e, sendo as palavras uma matéria plástica* (os acusados lançam-nas como torrentes), *qualquer conclusão se torna possível.* O ardor poético desencadeia um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela de autocrítica[17]. (Grifos nossos)

---

[15] LOPES JR., Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. Consultor Jurídico: jul./2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>.

[16] CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

[17] CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 26.

A gestão da prova pelo juiz, que busca, incansavelmente, a "sua" verdade real, é marco característico do sistema inquisitório e legitima o seu protagonismo no processo, impossibilitando a imparcialidade necessária para que a decisão decorra da construção participada das partes, órgão da acusação e defesa.

Por conseguinte, as normas que permitem ao julgador buscar e produzir provas de ofício, art. 156, I e II, CPP, bem como substituir a função desempenhada pelo órgão da acusação quanto à pretensão acusatória, arts. 383 e 385 CPP e, ainda, fundamentar a sua decisão valorando e valorizando os elementos colhidos na fase investigatória, art. 155 do CPP, possibilitam o enviesamento cognitivo (*cognitivity biases*) dos julgadores e uma quebra inconsciente da imparcialidade necessária para uma devida fundamentação.[18]

No sistema acusatório, a gestão da prova cabe exclusivamente às partes. Em decorrência do princípio dispositivo ou acusatório é imprescindível a distinção inicial entre as atividades de acusar e julgar, consoante estabelecido no artigo 129, I, da Constituição da República e esta distinção deve ser mantida durante todo o processo para a efetivação da imparcialidade exigida para se decidir o caso concreto.

Uma decisão devidamente fundamentada deve ser pautada em argumentos jurídicos e estes argumentos estão limitados, controlados, pelo contraditório, enquanto influência e não surpresa e deve ser oportunizado pelo juiz, enquanto terceiro imparcial. Ademais, as provas apresentadas pelas partes deverão ser valoradas e valorizadas no momento da fundamentação da decisão com a neutralização dos vieses cognitivos[19].

Assim, as normas processuais penais que permitem a atuação ativa e *ex officio* do julgador fortalecem o enviesamento cognitivo e subvertem a imparcialidade do juiz, pois se o julgador procura produzir a prova, já está convencido que o acusado é culpado, uma vez que para absolver, basta a dúvida, conforme a regra do *in dubio pro reo.*

---

[18] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. Science, New Series, v. 185, nº. 4157. (Sep. 27, 1974), p. 1124-1131. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: dez. 2018.

[19] NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo*: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

O princípio da presunção de inocência garante ao acusado o tratamento de inocente até que esteja comprovada a sua culpa. Logo, o ônus da prova é exclusivo da acusação e, portanto, caso o juiz produza provas, ele o faz com o intuito de subsidiar a hipótese previamente imaginada por ele, o que Franco Cordero intitula de primado das hipóteses sobre os fatos. Quando o juiz se torna juiz-ator no processo, produzindo provas, ele o faz para condenar, já que para absolver, existe o princípio *in dubio pro reo.*

Da mesma forma, caso o juiz tenha prolatado decisão na fase investigatória ele já formou uma imagem mental do fato, elegendo uma hipótese, e todos os argumentos que tendem a sustentá-la serão considerados consonantes, afastando-se os elementos dissonantes, a tese defensiva, ou mesmo não os percebendo, levando Bernd Schünemann a concluir que o juiz é um "terceiro inconscientemente manipulado".

O essencial da prova é engendrar a convicção do juiz e, uma vez que o julgador forma o seu convencimento a partir de sua crença, quadro mental paranoico ou primado das hipóteses sobre os fatos[20], deve-se considerar como provas válidas apenas aquelas produzidas em contraditório.[21]

A decisão devidamente fundamentada será reflexo da construção compartilhada do direito, por meio dos argumentos e provas trazidos ao processo pelas partes, órgão da acusação e defesa, possibilitando a construção da verdade no processo penal.

> A condição do Estado Democrático de Direito deflagra decorrências diretas e incisivas para o exercício do Poder Jurisdicional, primordialmente na esfera criminal, estabelecendo, através de uma epistemologia garantista, os signos através dos quais se construirá a verdade no processo, signos estes que preconizam a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites bem definidos para a intervenção dos direitos das pessoas.[22]

---

[20] CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

[21] MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: The Brazilian Lessons. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014b.

[22] PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 91.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1-No contexto democrático, o Princípio da Presunção de Inocência é um postulado normativo civilizatório, um direito fundamental de qualquer pessoa, independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado, de ser considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. É, sem dúvida, o princípio base do processo penal, o núcleo axiológico, valorativo, e normativo da Constituição da República.

2-A regra de tratamento derivada do princípio da presunção de inocência aduz que todo indivíduo deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se podendo fazer firulas interpretativas para se entender de outra forma.

3-A presunção de inocência, em sua regra probatória, faz recair sobre o órgão da acusação o ônus substancial da prova, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito.

4-A imparcialidade é pressuposto da regra probatória. Exige equidistância em relação às partes e ausência de interesse no objeto do caso, além de desconhecimento de elementos de informação, provas ilícitas ou do próprio inquérito policial, sob pena do juiz ficar inconscientemente vinculado aos elementos que conheceu antes da audiência de instrução e julgamento.

5-As normas processuais penais que permitem a atuação *ex officio* do julgador na produção de provas subvertem a imparcialidade do juiz, pois se o julgador procura produzir a prova, já está convencido que o acusado é culpado, uma vez que para absolver, basta a dúvida, conforme a regra do *in dubio pro reo.*

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni.* Torino: G. Giappichelli, c1990.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal.* Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.* 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal.

In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocência. *Revista para el analisis del derecho*, 2016.

FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*, v. 4/85-91, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Science, New Series, v. 185, nº 4157. (Sep. 27, 1974), p. 1124-1131.

Disponível em:<http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acessado em: mar. 2017.

KELMAN, Mark. *The heuristics debate*. New York: Oxford University Press, 2011.

LOPES JR., Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. *Consultor Jurídico.* Jul. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acessado em: jan. 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo. *Consultor Jurídico*: Jun. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>. Acessado em: ago. 2016.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. *Empório do Direito*, jan. 2017. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/quando-o-juiz-ja-sabia-a-importancia-da-originalidade-cognitiva-no-processo-penal/>. Acessado em: jun. 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados:* Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2014a.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito:* The Brazilian Lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014b.

MORAIS, Mauricio Zanoide. *A presunção de inocência no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo*: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental *Revista Liberdades,* nº 11, p. 30-50, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, set./dez. 2012.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO PROJETO "ANTICRIME"

Fernando A. N. Galvão da Rocha[1]

INTRODUÇÃO

Cumprindo promessa de campanha, o atual Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei "anticrime" (PL 882/2019[2]) que pretende instituir, por meio de alterações na legislação ordinária, a execução provisória da pena. A iniciativa, lamentavelmente, não considera as referências jurídicas que se apresentam relevantes para o deslinde da questão que envolve o cumprimento de pena após decisão de segundo grau de jurisdição.

Visando especificamente dar efetividade ao Direito Penal com a execução das condenações criminais estabelecidas ou confirmadas em segundo grau de jurisdição, o Projeto propõe alterar os artigos 50 e 117, inciso V, do Código Penal; os artigos 133, 283, 492, inciso I, alínea "e" e 617-A d Código de Processo Penal; e os artigos 105, 147 e 164 da Lei nº 7.210/85 – Lei de Execuções penais. Com tais alterações o projeto pretende instituir a possibilidade de "execução provisória" de pena após condenação proferida ou confirmada por órgão colegiado de segundo grau.

---

[1] Doutor em direito pela UFMG. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Contato: <fgalvaoufmg@gmail.com>.

[2] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Integra do projeto e acompanhamento de sua tramitação disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

Mesmo considerando adequada a opção política abreviar o tempo necessário para a execução de pena, *data vênia*, a proposta segue caminho errado. Mesmo que aprovadas as alterações propostas, a discussão sobre a constitucionalidade de uma execução provisória da pena prosseguirá.

Os argumentos que se destacam no debate polarizam entre a necessidade da execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição e a exigência constitucional de aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Lamentavelmente, a polarização simplifica uma questão que afeta número expressivo de condenados e a sociedade como um todo.

1. INTERVENÇÃO PUNITIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A reflexão deve iniciar-se, necessariamente, pela compreensão da intervenção punitiva no contexto do Estado Democrático de Direito.

É fácil constatar que o discurso do Estado Liberal de Direito predomina nos debates jurídico-criminais e consegue desviar o foco do paradigma político expressamente acolhido na Constituição da República. O marco político acolhido pela Constituição não é o do Estado Liberal de Direito. Nos termos do artigo 1º de nossa carta magna, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. E não se pode confundir o Estado Liberal de Direito com o Estado Democrático de Direito. As noções são absolutamente distintas.

O Estado Liberal de Direito é concepção garantidora de uma cidadania individualista e limitada, que pretende promover a proteção dos direitos individuais com foco restrito à liberdade e à vida privada das pessoas.[3] A marca característica do Estado Liberal de Direito é a limitação jurídico-legal que impõe à atuação estatal, como garantia da liberdade dos indivíduos-cidadãos contra eventual intervenção excessiva do Estado.[4] Tal perspectiva somente se justifica no contexto de um antagonismo que se apresenta na relação existente entre o Estado, que figura como titular do poder punitivo, e o cidadão que pretende ser livre.

---

[3] COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 51-54.

[4] MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 69-72.

No Estado Democrático de Direito o discurso de legitimação da intervenção punitiva já não pode mais se fundamentar no antagonismo entre o poder do soberano e a liberdade do cidadão. Como dispõe expressamente o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República, "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Com o reconhecimento de que a titularidade do poder punitivo é do povo, e não do Estado[5], o Direito Penal democrático expressa, em termos punitivos, a ideia de que os instrumentos coercitivos do Estado pertencem e estão a serviço dos interesses do povo.[6] O Estado exerce apenas o limitado papel de gestor do poder punitivo que pertence ao povo.

Como bem observou Claus Roxin, nos dias atuais a tarefa da lei penal não se esgota em sua função garantista, pois, embora não abra mão de sua função de garantia, fornece diretriz de comportamento e constitui importante instrumento de regulação social.[7] A intervenção punitiva expressa a determinação do povo sobre as formas de realização do controle social, e a proteção da liberdade individual deve encontrar fundamento no acordo democrático que fundamenta a constituição da sociedade civil.

No paradigma do *Estado (Constitucional e) Democrático de Direito*, pretende-se conjugar os limites formais e substanciais para a intervenção punitiva com os comandos incriminadores que obrigam o Estado a tutelar os direitos fundamentais, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição da República). A característica marcante do Estado Democrático de Direito é a superação (por incorporação e conciliação de seus objetivos fundamentais) do *Estado Liberal de Direito* e do *Estado Social de Direito*, a qual impõe à atividade estatal e à ordem jurídica um conteúdo de transformação da realidade social, para realizar justiça social.[8] A tarefa básica do Estado Democrático é conciliar interesses que se situam em esferas distintas: a pública, que é presidida pelo Estado; a privada, na qual impera

---

5 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17-19.

6 BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal democrático.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

7 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13-15.

8 MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Dos direitos sociais aos interesses transindividuais*: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 72-76 e COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77-85.

a autonomia individual; e a dos grupos, na qual se encontram os interesses metaindividuais.[9]

O Direito Penal do *Estado democrático*, nesse contexto, coloca em um mesmo patamar de importância o ideal da mínima intervenção punitiva, com as garantias individuais que lhe são inerentes, e a responsabilização dos comportamentos ofensivos aos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.[10]

No contexto do Estado Democrático de Direito, não importa apenas garantir a liberdade individual contra os possíveis excessos do poder punitivo. Também importa garantir que a tutela penal, estabelecida em favor dos interesses sociais maiores, seja realmente efetiva. Ao lado da proibição do excesso (que caracteriza o Estado de Direito Liberal) se coloca a proibição da tutela ineficiente (ou da ineficiência da intervenção punitiva, para os que entendem que o Direito Penal não tutela bens jurídicos). Nesse sentido, na Constituição da República há disposições garantidoras da liberdade individual e também comandos incriminadores, que determinam a efetividade da intervenção punitiva.

Se é inconstitucional a decisão judicial que viola as garantias individuais, de mesma forma se apresenta a decisão que impede a efetividade da tutela penal legitimamente estabelecida (ou da intervenção punitiva).

No contexto de uma sociedade democrática plural e complexa deve-se conceber os pontos de equilíbrio entre as garantias individuais e os interesses sociais, de modo a proteger a liberdade do acusado e, ao mesmo tempo, preservar a efetividade da intervenção punitiva.

2. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA

A referência normativa mais importante para o exame da questão é o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República. Tal dispositivo determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

---

[9] COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 58.

[10] COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 104.

Na legislação infraconstitucional, o referencial garantista[11] para a questão é o art. 283 do Código de Processo Penal que, ressalvados os casos de prisão cautelar, assegura que a prisão decorre de "sentença condenatória transitada em julgado".

A compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal com o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República é evidente, o que dispensa qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

No entanto, garantir que a execução da pena somente possa ocorrer depois do trânsito em julgado da decisão condenatória significa nada, se não houver a definição do momento processual em que a decisão condenatória transita em julgado. A garantia considerada fundamental é desprovida de conteúdo se não fixar o momento até o qual ocorre o impedimento para a execução da pena.

E, nesse aspecto, a Constituição da República não definiu o que seja "trânsito em julgado". Tampouco o fez o Código de Processo Penal.

A definição que confere concretude à garantia constitucional encontra previsão no § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42, segundo o qual "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."

A doutrina e a jurisprudência associaram a noção de trânsito em julgado à noção de coisa julgada. O trânsito em julgado, assim, é o momento em que se verifica a coisa julgada. Há concordância geral quanto a tal associação.

Entretanto, no âmbito penal não se pode utilizar a noção de coisa julgada material constante do artigo 502 do Código de Processo Civil[12], pois uma decisão penal condenatória nunca adquire a autoridade que a torna imutável e indiscutível o seu mérito. Mesmo que a decisão condenatória não esteja mais sujeita a recurso, a possibilidade da proposição de uma revisão criminal (arts. 621 a 631 do CPP), que é uma ação autônoma de impugnação, impede que a condenação proferida se torne imutável e indiscutível. A decisão condenatória

---

[11] A denominação não é boa, pois acaba por fomentar uma oposição maniqueísta entre os "garantistas" que se apropriam de uma imagem "progressista" e se colocam na defesa do "bem" e os "punitivistas" que são identificados como "retrógrados" defensores do "mal". A Constituição da República, no entanto, estabelece tanto garantias individuais como comandos de intervenção punitiva que todos devemos observar.

[12] Segundo o artigo 502 da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

também pode ser desconstituída por uma ação de *habeas corpus*. Por isso, a doutrina reconhece que apenas a decisão absolutória pode adquirir a qualidade de coisa soberanamente julgada.[13]

A definição do que seja "o trânsito em julgado da decisão penal condenatória", então, ficou a cargo da doutrina, que faz distinção entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material.[14] A coisa julgada formal ocorre com a imutabilidade da decisão no âmbito interno do processo (endoprocedimental) e se verifica quando se torna impossível a apresentação de novos recursos. A coisa julgada material, por sua vez, ocorre quando a decisão de mérito é imutável e a rediscussão da causa não poderá ocorrer mesmo que em outro processo. E, nestes termos, somente a decisão absolutória faz coisa julgada material.

Considerando que a qualidade de coisa soberanamente julgada não se aplica às decisões condenatórias, o discurso garantista exige que para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ocorra a coisa julgada formal (o esgotamento de todos os recursos admissíveis no âmbito da relação processual).[15] Tal noção coincide com o que consta literalmente no § 3º do artigo 6º da LINDB.

2.1 Alteração de seu conceito

Para alcançar os fins almejados pelo Projeto "Anticrime" de maneira adequada é necessário que se faça um pequeno ajuste na redação do § 3º do artigo 6º da LINDB, de modo que passe a constar, por exemplo, que: *chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo*. A ideia poderia ser mais bem expressa se mencionasse o "trânsito

---

[13] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo Saraiva, 4º volume, 1990, p. 223; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Pena*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 922 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 298.

[14] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 222; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 921; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 693-694; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 950, POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1192-1193 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 298.

[15] Por todos, veja-se: ABRÃO, Guilherme Rodrigues. O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF? *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 26, nº 305, abril de 2018, p. 12.

em julgado", como por exemplo: *considera-se transitada em julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo*.

A mudança na definição do conceito de trânsito em julgado não constitui retrocesso social ou redução de conteúdo de uma garantia fundamental. A noção de trânsito em julgado deve ser estabelecida em consonância com as premissas do Estado Democrático de Direito e o direito à liberdade não é absoluto. A proteção da liberdade deve se conciliar com a proteção deferida aos outros direitos igualmente fundamentais. Na medida em que o conceito de trânsito em julgado sacrifica a efetividade da tutela penal aos direitos fundamentais, o ajuste se apresenta necessário para concretizar o plano normativo constitucional.

Cabe notar que não existe uma interpretação universal sobre quais sejam os limites adequados para a proteção à liberdade individual. A ponderação deve ser feita considerando os aspectos peculiares da realidade social em que a solução normativa terá aplicação. O artigo 628 do Código de Processo Civil português, por exemplo, determina que "a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação".[16] No direito português, as decisões não precisam chegar até a Suprema Corte para que transitem em julgado. E não se acusa o Direito Processual Penal português de violar o direito fundamental de liberdade.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O entendimento que hoje se apresenta dominante sobre o tema no Supremo Tribunal Federal encontra os seus fundamentos na decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Na oportunidade, o órgão pleno da Suprema Corte entendeu que a execução provisória da pena privativa de liberdade não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Nos termos do voto condutor, a execução da pena foi considerada provisória porque iniciada antes que fossem julgados os recursos extraordinários interpostos pelo condenado.

Como bem observou o Ministro Teori Zavascky, na busca por conciliar os complexos escopos do sistema de justiça criminal, após a Constituição de

[16] PORTUGAL. Lei nº 41/2013 – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&so_miolo= >. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

1988, o Supremo Tribunal Federal já decidiu muitas vezes pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, após a decisão judicial de segundo grau.[17] A mudança no entendimento da Corte ocorreu no julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 5 de fevereiro de 2009, no qual, por maioria, venceu o entendimento de que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

A decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP retomou posição antiga da Suprema Corte que afirmava a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória. Após essa decisão, Supremo Tribunal reafirmou o entendimento no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 964.246 e nas decisões liminares proferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Contudo, tais decisões da Suprema Corte foram proferidas por maioria e, posteriormente, ministros que sustentaram votos vencidos decidiram monocraticamente em sentido contrário, em outros casos concretos[18], o que gera situação de grave insegurança jurídica.

O posicionamento que ainda predomina na Suprema Corte não determina a prisão do condenado de maneira automática após o duplo grau de jurisdição[19], apenas declara a sua possibilidade.

Também importa notar que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição não diz que "ninguém poderá ser preso" antes do trânsito em julgado e, por isso, os juízes determinam a prisão cautelar (que visa proteger a utilidade do processo) de mais de 40% da população carcerária brasileira. Conforme registra o último *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, em junho de 2016 existiam no país 292.450 presos sem condenação, o que representa

---

[17] No acórdão são citadas as decisões proferidas no HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/06/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/04/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994.

[18] Vejam-se as decisões monocráticas proferidas nos *Habeas Corpus* de nºs 144.712; 145.380 e 146.006 nos quais foi concedida liminar para suspender a execução das penas.

[19] STRECK, Lenio Luis. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar.> Acessado em: 17 de agosto de 2019.

40,2 % da população carcerária, superando os 38% dos condenados em regime fechado[20]. Em tais casos as pessoas são recolhidas à prisão antes mesmo de uma decisão sobre a culpa.

O Projeto "Anticrime" não propõe qualquer alteração na legislação para os casos de prisão cautelar, que repito são responsáveis por mais de 40% dos encarceramentos. Pretende assegurar que, após decisão de segundo grau de jurisdição, inicie-se ordinariamente o cumprimento da pena imposta em condenação.

A proposta de impor uma "execução provisória" de pena, certamente, não atende ao escopo de instituir o início ordinário do cumprimento da pena imposta em condenação. Iniciar provisoriamente a execução de uma pena implica em dar tratamento de culpado a quem ainda não foi condenado por decisão transitada em julgado. Uma execução provisória de pena não se concilia com a garantia constitucional e os objetivos do Projeto de Lei "Anticrime" não poderão ser alcançados com a instituição de tal medida.

4. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (INOCÊNCIA)

Na doutrina, há quem sustente que o entendimento dominante na Suprema Corte que permite a execução provisória da pena privativa de liberdade viola o princípio constitucional da não culpabilidade.[21] A afirmação desafia uma reflexão mais cuidadosa do operador do direito.

Importa ressaltar que, com acerto, o voto condutor da decisão da Suprema Corte denunciou a ampliação indevida que se pretende dar à presunção de inocência (que, nos termos constitucionais, é presunção de não culpabilidade), sustentando-a até o exame da Suprema Corte. No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Teori bem lembrou a afirmação feita pela Ministra Ellen Gracie, na oportunidade do julgamento do HC 85.886, no sentido de que "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema".

---

[20] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf/view>, p. 08 e 13. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

[21] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 628.

A ampliação que se pretende impor ao referido princípio garantista chega ao ponto de estabelecer uma presunção de ilegalidade, até que o Superior Tribunal de Justiça afirme a legalidade da decisão proferida em segundo grau de jurisdição, e uma presunção de inconstitucionalidade, até que o Supremo Tribunal Federal afirme a constitucionalidade da condenação criminal. O absurdo da construção, *data máxima vênia*, é manifesto.

Não se pode presumir a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade das decisões proferidas em segundo grau de jurisdição. Deve-se provar a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade de tais decisões. Por outro lado, a discussão sobre a inocência ou culpa não se confunde com a discussão sobre a legalidade ou inconstitucionalidade do processo. É necessário viabilizar, por meio do processo, a discussão sobre a culpa do acusado. É igualmente necessário zelar para que a discussão se desenvolva segundo o devido processo legal. Embora o exame sobre a validade do processo possa inviabilizar a satisfação da pretensão punitiva, as garantias processuais envolvem a observância de princípios distintos do princípio da inocência.

No direito internacional que nos vincula não há previsão para que uma condenação criminal fique sobrestada até o exame da causa em quarto grau de jurisdição. A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, em seu artigo 8º, item 2, alínea "h", garante apenas o duplo grau de jurisdição. A ampliação indevida da proteção da liberdade individual ao quarto grau de jurisdição, em muitíssimos casos, inviabiliza a tutela penal que se presta à proteção do direito fundamental difuso da segurança pública.

A questão foi muito bem percebida pelo Ministro Teori Zavascki, que registrou no voto condutor do acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP:

> 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.

Na doutrina, ao examinar os princípios que orientam a teoria dos recursos, Eugênio Pacelli[22] esclarece que

> a exigência do duplo grau não alcança a instância extraordinária, isto é aquela cuja provocação ocorre por meio de recurso extraordinário e/ou especial. A justificação de tais recursos é distinta daquela do duplo grau. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.

Uma alteração do conceito de trânsito em julgado que é estabelecido no § 3º do artigo 6º da LINDB para possibilitar o início da execução da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição não sacrifica o cuidado que, por meio do devido processo legal, se deve ter com o acusado. Os meios ordinários de impugnação são suficientes para a adequada discussão sobre a sua culpa, de modo a impedir excessos na intervenção punitiva.

5. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Importa notar que a argumentação que se funda exclusivamente na aplicação do *princípio* da não culpabilidade (inocência) desconsidera o método de trabalho próprio aos *princípios*.

O princípio da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CR), ou da inocência, como preferem os que se fundam na Convenção Americana de Direitos Humanos, é um princípio, e não uma regra. E essa é uma distinção importante, que foi muito bem desenvolvida na doutrina por Dworkin[23] e Alexy[24].

Nos termos de tal distinção, a regra jurídica expressa um mandamento definitivo, na medida em que, atendidos os seus pressupostos, ordena, proíbe ou permite algo de maneira definitiva. O método para a aplicação das regras é a subsunção, sendo que as regras são normas que podem ou não ser

---

[22] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 966-967. Vale observar, entretanto, que o autor sustenta a inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição (p. 628)

[23] DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993, p. 72-101.

[24] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103; *Conceito e validade do direito*. Organização de Ernesto Garzón Valdés e outros; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85; *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís

cumpridas. Os princípios, por sua vez, são concebidos como mandamentos de otimização, *prima facie*, que ordenam que algo seja realizado em sua máxima medida, considerando as possibilidades reais e jurídicas. Dessa forma, o método para a sua aplicação é a ponderação, que evidencia o peso dos princípios por meio de diversos graus.

As possibilidades jurídicas de realização dos princípios são determinadas não somente pela existência e validade das regras, mas, essencialmente, pela consideração dos princípios que na situação concreta se apresentam contrapostos.[25]

Hoje, não há mais dúvida de que a proteção aos direitos fundamentais individuais deve se conciliar com a proteção de outros direitos fundamentais difusos e, no que especialmente nos interessa, com o direito à segurança pública. O direito de liberdade individual não é absoluto e a sua proteção não pode ser excessiva, sob pena de comprometer a efetividade da tutela penal que é concebida em favor de outros direitos igualmente fundamentais.

O discurso liberal que sustenta o entendimento de que os efeitos da decisão penal condenatória somente poderão ser produzidos após o julgamento do último recurso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estabelece situação de risco ao resultado útil do processo que se apresenta inaceitável. A demora excessiva da resposta estatal ao crime atinge de maneira relevante a efetividade da tutela penal. Nesse sentido, vale lembrar o alerta de Rui Barbosa, constante do discurso preparado para a turma de 1920 da Faculdade de Direito

Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131-132; *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014, p. 146 e Princípios formais *In*: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5.

[25] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103; *Conceito e validade do direito.* Organização de Ernesto Garzón Valdés e outros; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85; *Constitucionalismo discursivo.* Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131-132; *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014, p. 146 e Princípios formais. *In*: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5.

de São Paulo: "[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta."[26]

A garantia da liberdade do acusado não pode se transformar em garantia da ocorrência da prescrição, que impede a efetividade da tutela penal.

6. COERÊNCIA INTERNA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal, integrado pela definição constante do § 3º do artigo 6º da LINDB, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade somente poderá ocorrer após o julgamento de todos os recursos disponíveis no ordenamento jurídico.

Contudo, o artigo 283 do Código de Processo Penal não pode ser considerado isoladamente. O referido dispositivo integra um sistema jurídico, cujas características fundamentais são a ordenação e a unidade. Mais do que premissas teorético-científicas, a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico são condições inafastáveis do trabalho hermenêutico, já que impedem a dispersão gerada pela multiplicidade de valorações singulares e desconexas. Conceber a ordem jurídica como sistema é consequência natural dos mais elevados valores do Direito, como os princípios de justiça e igualdade, em atuação generalizadora.[27]

Nesse contexto, também importa considerar o disposto no § 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil, aplicável no âmbito do processo penal por força do artigo 3º do Código de Processo Penal. Tal disposição possibilita a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Não sendo concedido efeito suspensivo aos recursos, a sentença condenatória deve produzir os seus normais efeitos. Em outras palavras, inicia-se o cumprimento de pena. E, nesses casos, não se trata de execução provisória (cautelar) como entendeu o Supremo Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, mas de cumprimento de decisão condenatória. A produção dos efeitos ordinários de uma decisão condenatória não se confunde com a possibilidade de impor uma medida de natureza cautelar.

---

[26] BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40.

[27] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 14 e p. 20-22.

Desta forma, a legislação infraconstitucional revela uma importante inconsistência. Se o artigo 283 do Código de Processo Penal somente permite o início do cumprimento da pena privativa de liberdade após o julgamento de todos os recursos previstos no ordenamento jurídico, os recursos especial e extraordinário obrigatoriamente possuem efeito suspensivo. Por outro lado, se o § 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil permite não conceder efeito suspensivo aos recursos, é possível iniciar o cumprimento da pena imposta em condenação. A contradição entre os dispositivos é evidente.

Para que a legislação infraconstitucional se apresente coerente e seja alcançado o objetivo almejado no PL 882/2019 é necessário alterar o § 3º do artigo 6º da LINDB, como proposto no item 3.1 supra.

A disposição do Código de Processo Civil deixa claro que a interposição de recurso especial e/ou extraordinário não implica na suspensão automática dos efeitos da decisão condenatória proferida em duplo grau de jurisdição. Para que ocorra a suspensão dos efeitos da decisão condenatória o recorrente deve formular requerimento fundamentado. A decisão que o defere, de igual modo, deve ser fundamentada em verificação (ainda que perfunctória) de situação concreta que justifique impedir o encerramento da discussão sobre a culpa do recorrente. Somente nos casos em que a questão sobre a legalidade ou constitucionalidade do processo possa repercutir sobre a decisão de mérito se apresenta juridicamente possível conferir efeito suspensivo à decisão condenatória de segundo grau. Certamente, não justifica a concessão de efeito suspensivo a mera postergação do cumprimento da pena imposta. Tal postergação constituiria evidente privilégio concedido a quem pode obter para si tratamento desarrazoadamente mais benéfico.

O indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da decisão condenatória formulado pelo recorrente autoriza o cumprimento da pena imposta em condenação porque revela não haver mais razões para prolongar a discussão sobre a culpa do recorrente. Encerrada a discussão sobre a culpa, deve-se reconhecer o trânsito em julgado para a culpa (item 8.3 infra) e o início do cumprimento de pena se concilia com o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

Se, por outro lado, houver motivos para deferir o pedido de suspensão dos efeitos da decisão condenatória, não ocorrer o trânsito em julgado para a culpa e a prisão somente está autorizada em sua perspectiva cautelar.

6.1 Ilegalidades ou inconstitucionalidades do processo penal

A crítica liberal que trabalha com a possibilidade de haver nulidades absolutas no processo penal, que podem ser reconhecidas pelos tribunais superiores, não é suficientemente consistente para impedir a execução da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição.

Pode-se constar que, na ordem jurídica, há instrumentos adequados à preservação da efetividade do direito de liberdade dos réus que não se encontram inviabilizados pela controvérsia que envolve o trânsito em julgado das decisões condenatórias. Se há nulidade processual, o defensor tem o dever de levá-la imediatamente ao conhecimento dos tribunais competentes por meio dos recursos cabíveis ou da ação de *habeas corpus*.

A garantia fundamental da razoável duração do processo, expressa no inciso LXXVIII do artigo 5º, da carta constitucional, também impõe deveres aos defensores. Postergar a arguição da nulidade para que seu exame somente ocorra no momento dos recursos extraordinários, visando alcançar a prescrição, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, se apresenta estratégia defensiva ilícita. É estratégia desleal que ofende o interesse social legítimo de preservação da efetividade da tutela penal.

7. TRÂNSITO EM JULGADO ANTES DO FIM DA RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL

Na construção da noção jurídica de coisa julgada, a doutrina identificou os seus limites objetivos e subjetivos.[28] Os limites objetivos da coisa julgada tornam definitiva a análise do fato natural que motivou a instauração do processo, impedindo a sua reanalise. Os limites subjetivos da coisa julgada, por sua vez, tornam definitiva a análise judicial realizada sobre a participação do(s) imputado(s) na realização do fato natural que motivou a instauração do processo. A limitação subjetiva impede que o(s) imputado(s) seja(m) novamente julgado(s) pela realização do mesmo fato natural.

---

[28] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo Saraiva, 4º volume, 1990 p. 227-230; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 922-924; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 695-698; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 949-955 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 298-301.

A impossibilidade de prosseguir na discussão sobre a culpa do acusado também constitui relevante limite à noção jurídica de coisa julgada que permite construir a noção de trânsito em julgado (coisa julgada) para a culpa. Esta limitação jurídica se apresenta de maneira relevante nos casos que o ordenamento positivo denomina de trânsito em julgado para a acusação e nos casos em que ocorre a inelegibilidade do condenado por órgão jurisdicional colegiado. De igual modo, o trânsito em julgado para a culpa deve viabilizar o início da execução da pena privativa de liberdade.

7.1 Trânsito em julgado para a acusação

A doutrina e a jurisprudência penal identificaram[29] a possibilidade de reconhecer o trânsito em julgado para a acusação que estabelece limitação à discussão de mérito da pretensão punitiva. Posteriormente, o trânsito em julgado para a acusação foi incorporado à legislação repressiva no artigo 110, § 1º, do Código Penal. Como tal situação jurídica foi concebida para viabilizar o reconhecimento da prescrição em favor do réu, não colhe qualquer resistência do discurso liberal.

O trânsito em julgado para a acusação é um conceito jurídico que admite o parcelamento da discussão de mérito da pretensão punitiva, estabelecendo novos limites objetivos e, eventualmente, subjetivos para a discussão da causa.

A primeira hipótese em que se verifica o trânsito em julgado para a acusação ocorre quando o Ministério Público não recorre da decisão condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição e a defesa recorre. A discussão da causa prossegue com o exame do recurso defensivo, apenas para examinar os argumentos favoráveis ao condenado. Como o Ministério Público não provoca o reexame da jurisdição para ampliar/alterar a condenação, o Judiciário não poderá agravar a situação jurídica do condenado. Nesse caso, o trânsito em julgado para a acusação não encerra a relação processual. Ocorre apenas uma limitação objetiva para a discussão da pretensão punitiva. Constitui um trânsito em julgado parcial, já que atinge apenas parte da discussão de mérito.

Também pode-se falar em trânsito em julgado para a acusação quando o Ministério Público recorre em face da absolvição proferida em relação à parte dos crimes imputados ao réu. Em relação ao(s) crime(s) não impugnado(s), o processo se encerra. Em razão do recurso interposto, o processo penal prossegue para examinar a impugnação. Embora a relação processual prossiga para

[29] JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 129-133.

o reexame das questões impugnadas, verifica-se o trânsito em julgado para as questões que não foram objeto de impugnação.

Por fim, o trânsito em julgado para a acusação também pode produzir limitação parcial relativa aos réus da ação penal. A limitação subjetiva ocorre quando o Ministério Público deixa de recorrer em relação à absolvição proferida em favor de um (uns) acusado(s) e recorre em relação à absolvição proferida em favor de outro(s). Nesse caso, também opera-se a coisa julgada parcial que encerra a discussão de mérito em relação ao(s) acusado(s) cuja absolvição não foi impugnada.

Nesses casos, a noção de trânsito em julgado se aplica à parte da questão de mérito (limitação objetiva) ou à parte dos acusados (limitação subjetiva) em uma relação processual que não se encerrou. Sobre os aspectos objetivos e subjetivos cuja discussão se encerrou, forma-se coisa julgada formal e, em caso de absolvição não impugnada, coisa julgada material.

7.2 Trânsito em julgado que permite suspender direito políticos

Para a compreensão do trânsito em julgado para a culpa também importa considerar a noção de trânsito em julgado que se presta a viabilizar a garantia aos direitos políticos, conforme disposto no art. 15, *caput* e inciso IV, da Constituição da República. Segundo os referidos dispositivos, é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará, dentre outros, nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

A Constituição da República, expressa e literalmente, garante que a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal depende do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória.

Contudo, por iniciativa popular, foi editada a Lei Complementar nº 135/2010 – conhecida como a *Lei da Ficha Limpa* – que alterou o artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90 para tornar inelegível o cidadão contra o qual houver decisão condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.

Tal inelegibilidade constitui suspensão, ainda que parcial, dos direitos políticos do condenado e não depende do esgotamento da via recursal no processo penal. A garantia constitucional da preservação dos direitos políticos até o trânsito em julgado da decisão condenatória não foi interpretada como

exigência de esgotamento da via recursal. Para a inelegibilidade, basta o trânsito em julgado para a culpa.

A previsão legal para a inelegibilidade em razão de decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.578. Vale ressaltar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil expressou o seu apoio à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em manifesto dirigido ao Supremo Tribunal Federal.[30] No momento em que esta discussão foi travada, mostrou-se conveniente aos reclamos da sociedade a interpretação restritiva da garantia constitucional aos direitos políticos.

Na doutrina, há quem sustente que nos casos de suspensão da elegibilidade em razão de decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado a inelegibilidade é apenas provisória pelo que pode ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.[31] Seria uma situação análoga à execução provisória da pena privativa de liberdade, como entendeu possível o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP.

Também há quem entenda que a inelegibilidade não se fundamenta em culpa, já que não constitui sanção, e, por isso, não afronta o princípio da inocência.[32] Com certeza, a inelegibilidade não é uma sanção penal. Mas, é um efeito prejudicial à situação jurídica do cidadão que a constituição somente autoriza após o trânsito em julgado da decisão condenatória criminal.

---

[30] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Notícias. Manifesto em favor da Lei Ficha Limpa dirigido ao Supremo é lançado na OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/20612/manifesto-em-favor-da-lei-ficha-limpa-dirigido-ao-supremo-e-lancado-na-oab>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

[31] PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de inelegibilidade comentada*: Legislação e jurisprudência atualizadas/Leis da Ficha Limpa e da Minirreforma Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14. O autor sustenta a distinção entre a suspensão dos direitos políticos e a inelegibilidade. A suspensão dos direitos políticos incide sobre toda a vida política do cidadão, que perde transitoriamente a capacidade eleitoral ativa e passiva. A inelegibilidade, por sua vez, atinge apenas a capacidade eleitoral passiva (o direito de ser votado). Entretanto, não se pode negar que a inelegibilidade constitui uma afetação parcial dos direitos políticos.

[32] CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 137.

Data vênia, os argumentos mencionados não se prestam a superar a condição estabelecida constitucionalmente para a suspensão de parte dos direitos políticos do condenado. Nos termos expressos da Constituição, a suspensão dos direitos políticos, nos casos de condenação criminal, exige que a condenação esteja *transitada em julgado*. Não é possível estabelecer a suspensão antes do trânsito em julgado, nem mesmo uma suspensão provisória.

A única interpretação que juridicamente pode conferir validade à previsão que estabelece a inelegibilidade do condenado por decisão de órgão judicial colegiado é a que toma a expressão "decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado" como indicativa de decisão proferida em duplo grau de jurisdição, que encerra discussão sobre a culpa do acusado.

A referência que a Lei Complementar nº 64 faz à "decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado" diz respeito à decisão que encerra a discussão sobre a culpa do(s) acusado(s), fazendo, nesse aspecto, coisa julgada formal sobre a culpa.

Nestes termos, as decisões proferidas por Tribunal do Júri ou por Conselhos de Justiça Militar não permitem a inelegibilidade por não esgotarem a discussão sobre a culpa. Tais decisões são proferidas por órgão judicial colegiado, mas não encerram a discussão sobre a culpa do condenado. E não se pode suspender os seus direitos políticos (ainda que em parte) havendo dúvidas sobre a culpa do condenado.

7.3 Trânsito em julgado para a culpa

Voltando ao tema que nos ocupa a atenção, importa reafirmar que a discussão sobre a culpa do acusado encerra-se com o duplo grau de jurisdição. Após o reexame de mérito da pretensão punitiva deve-se reconhecer a ocorrência do trânsito em julgado para a culpa e já não cabe mais falar em execução provisória da pena imposta em condenação.

No contexto da necessária ponderação entre a garantia da liberdade individual e a efetividade da tutela oferecida pelo Direito Penal (ou efetividade da intervenção punitiva), o alcance da expressão "trânsito em julgado da decisão penal condenatória" em relação à qual se vincula o início da execução da pena limita-se à exigência do duplo grau de jurisdição. A garantia se estende somente até o término da discussão sobre a culpa do imputado.

Após a decisão proferida em segundo grau de jurisdição (considerando o julgamento dos recursos internos) sobre o conjunto probatório, firma-se o trânsito em julgado para a culpa. No segundo grau de jurisdição encerra-se a discussão sobre o mérito da pretensão punitiva, sobre a culpa do acusado, de modo que as discussões sobre a culpa não podem mais prosseguir.

Não se pode olvidar que os recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal não permitem o reexame de matéria probatória, estando encerrada a discussão sobre a culpa. Nesse sentido, as Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal impedem o conhecimento dos recursos que demandam o reexame de provas. No caso do recurso extraordinário, ainda é necessário comprovar a repercussão geral da questão constitucional, conforme determina o artigo 102, § 3º, da Constituição da República, o que inviabiliza a discussão da peculiaridade probatória do caso individual.

O trânsito em julgado para a culpa pode se apresentar como um trânsito julgado limitado (parcial), quando a relação processual penal prosseguir para a discussão sobre possível ilegalidade ou inconstitucionalidade no processo. A limitação da coisa julgada que se verifica em relação à culpa ostenta a mesma natureza da que se verifica no trânsito em julgado para a acusação, que viabiliza o reconhecimento da prescrição, e no trânsito em julgado político, que viabiliza a inelegibilidade.

Sendo o trânsito em julgado para a culpa o conteúdo material do "trânsito em julgado da decisão penal condenatória" a que se refere o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República e o artigo 283 do Código de Processo Penal, não há qualquer problema em começar a executar a decisão condenatória. É mais apropriado dizer que deve iniciar-se a execução da pena, pois não sendo concedido efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não há razões que justifiquem a sua postergação (verdadeiro privilégio). Tal entendimento garante a liberdade individual ao mesmo tempo em que preserva a efetividade da tutela penal.

E a possibilidade da ocorrência de ilegalidade ou inconstitucionalidade na condução do processo não constitui óbice ao reconhecimento do trânsito em julgado para a culpa. Sempre será possível obter o reconhecimento judicial da ilegalidade ou inconstitucionalidade por meio da ação autônoma de impugnação que é o *habeas corpus*.

8. CONCLUSÃO

A execução provisória da pena proposta no Projeto de Lei "Anticrime" não institui o início ordinário do cumprimento da decisão penal condenatória. Muito ao contrário, apenas reafirma a possibilidade da aplicação de medidas cautelares que garantam a efetividade da intervenção punitiva em casos concretos. A proposta também não resolve a insegurança jurídica decorrente da divergência de entendimentos sobre a questão do cumprimento da pena após decisão de segundo grau de jurisdição.

A falta de efetividade da tutela penal se apresenta à sociedade brasileira como um problema realmente importante. A execução da pena após decisão de segundo grau de jurisdição não constitui solução para o problema, mas a questão deve merecer a devida atenção do legislador. Espero que ao parlamento seja possível realizar as adequações necessárias no Projeto de Lei nº 882/2019 para que se estabeleça segurança jurídica sobre a matéria.

A alteração da definição da coisa julgada ou do caso julgado, constante do § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – se torna necessária para equilibrar os objetivos de garantir a liberdade individual contra os excessos da intervenção punitiva e de, ao mesmo tempo, garantir a efetividade da tutela penal. Tal alteração ainda se apresenta necessária para conferir coerência à legislação infraconstitucional, no que diz respeito à compatibilização do sistema recursal com a impossibilidade de execução da pena antes que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 26, nº 305, abril de 2018.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Organização de Ernesto Garzón Valdés e outros; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. Princípios formais. *In*: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf/view>, p. 08 e 13. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal democrático.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei nº 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Dos direitos sociais aos interesses transindividuais*: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Notícias. Manifesto em favor da Lei Ficha Limpa dirigido ao Supremo é lançado na OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.

br/noticia/20612/manifesto-em-favor-da-lei-ficha-limpa-dirigido-ao-supremo-e-lancado-na-oab>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de inelegibilidade comentada*: Legislação e jurisprudência atualizadas/Leis da Ficha Limpa e da Minirreforma Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2014.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal* .Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STRECK, Lenio Luis. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 4º volume, 1990.

Referências legislativas

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Integra do projeto e acompanhamento de sua tramitação disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013 – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CRISE EXISTENCIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A LIQUIDEZ DE UM PRINCÍPIO PÉTREO PARA O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

José de Assis Santiago Neto[1]
Kamilla Faria Mello[2]

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 representa um marco na história constitucional brasileira, uma vez que sua promulgação significa a ruptura com o regime militar ditatorial que governou o Brasil entre 1964 e 1984. Nesses longos vinte anos de ditadura militar vários direitos foram suprimidos, pessoas que contestavam o regime foram mortas e ainda hoje existem desaparecidos políticos daquele período sombrio.

Nesse contexto, com o fim do regime militar, foi convocada a assembleia nacional constituinte para elaborar a nova Constituição, a oitava na história brasileira[3] e elaborou um texto que deveria representar uma ruptura com o regime anterior. A Constituição de 1988 nasceu desse desejo de mudança e da necessidade de se reafirmar os direitos fundamentais.

---

[1] Doutor em Direito Processual (PUC Minas), Mestre em Direito Processual (PUC Minas), professor adjunto de Direito Penal e Processual Penal da PUC Minas; Advogado Criminalista.

[2] Graduanda em Direito (PUC Minas), estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

[3] O fato de o Brasil ter em sua curta história independente de menos de dois séculos tantas constituições contribui de forma decisiva para a falta do sentimento de patriotismo constitucional, levando à crença de que a constituição possa ser mudada sempre que os que detêm o poder assim desejem ou não concordem com seu texto.

Para tanto, a mais significativa novidade do texto constitucional talvez seja a posição topográfica dos direitos fundamentais. Em todos os textos constitucionais anteriores os direitos fundamentais foram relegados a segundo plano e previstos sempre no final do texto de cada uma das Constituições. O constituinte de 1988 inovou no que tangencia aos direitos fundamentais e os estabeleceu logo no início do texto constitucional, dando um recado claro ao interprete de seu texto de que toda interpretação da constituição deveria ter por norte a efetivação dos direitos fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais, a estrutura do processo penal ganhou contornos importantes, sobretudo pela previsão da presunção de inocência, que foi estabelecida pela primeira vez no texto constitucional brasileiro. Tal princípio deve vir sempre no horizonte do intérprete e do aplicador do direito processual penal, que nunca poderá se esquecer de que o acusado é inocente até o trânsito em julgado da decisão final.

O atual estágio do processo penal no Brasil é um estagio de crise existencial[4], enquanto de um lado tem-se a Constituição com as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, de outro tem-se o Código inquisitorial e a mentalidade de seus operadores, fomentada por sua inquisitoriedade. Segundo ensina Rubens Casara[5] a palavra crise tem suas origens no grego como termo médico que designava o momento decisivo no qual o doente ou melhorava da doença ou em razão dela morria. O atual momento do processo penal brasileiro é exatamente um momento de crise, onde ou a Constituição se salva ou ela será morta pelo autoritarismo do Código de Processo Penal.

É sobre esse prisma que iremos abordar o princípio da presunção de inocência com o objetivo de demonstrar que ele somente será efetivo em um modelo acusatório, que, por sua vez, é imprescindível para a construção do modelo de processo penal desenhado pela Constituição.

---

[4] SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

[5] CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 09.

1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO HORIZONTE DO INTÉRPRETE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A presunção de inocência, também conhecida como presunção de não culpabilidade, estado jurídico de inocência, situação de inocência, etc. é o princípio basilar de qualquer construção processual penal calcada em preceitos democráticos, configurando, conforme aponta Rogério Lauria Tucci[6] um dos mais importantes corolários do devido processo penal. Eugênio Pacelli de Oliveira[7] anota que não há como estruturar os princípios fundamentais do processo penal senão partindo do princípio segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado sem que exista, antes, uma decisão penal condenatória transitada em julgado. Aury Lopes Júnior[8], parafraseando Goldschmidt afirma que "se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles". E segue o citado autor afirmando que o princípio em tela é um princípio fundamental de civilidade, fruto da opção ideológica de proteção ao indivíduo, vez que o maior interesse é que todos os inocentes sejam protegidos.

Segundo ensina Amilton Bueno de Carvalho[9], a presunção de inocência é dever constitucional do juiz, que deve iniciar o procedimento convencido da inocência do acusado. Trata-se de um pré-juízo constitucional. Assim, somente poderá existir a condenação caso, esgotados todos os esforços interpretativos, for impossível a sentença absolutória. Porém, consoante afirma Alexandre de Morais da Rosa[10], em razão da manutenção da mentalidade inquisitória vem sendo cada vez mais difícil presumir-se a inocência de alguém.

O princípio da presunção de inocência significa que

---

6 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 378.

7 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 173.

8 LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2011, p. 11.

9 CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 07.

10 ROSA, Alexandre de Morais da. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 98.

> ninguém pode ser considerado culpado sem uma sentença, obtida em um julgamento (...) que o declare como tal. Por imposição constitucional, então, toda pessoa inocente, e assim deve ser tratada, enquanto não for declarada sua culpa em uma sentença judicial.[11]

E complementa Alberto Binder[12] que o que se espera do princípio da presunção de inocência é que ninguém seja considerado e, nem tratado como culpado antes da sentença penal condenatória, impedindo que o acusado tenha um julgamento prévio.

Embora a Constituição afirme em seu art. 5º, LVII, que "*ninguém será considerado culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (grifos nossos), ela não adotou a presunção de não culpabilidade nos termos estabelecidos por Manzini no Processo Penal Fascista, mas se referiu à presunção de inocência.

A presunção de inocência configura presunção relativa e não presunção absoluta, eis que se admite prova em contrário, podendo ser quebrada por força de sentença penal condenatória transitada em julgado. Porém, infelizmente, mesmo após mais de trinta anos da vigência da Constituição da República muitos ainda ignoram este princípio presumindo o acusado culpado até que ele prove o contrário, em verdadeira ignorância do texto constitucional e completa dissonância com o regime democrático.

No regime democrático não há espaço para a presunção de culpa, deve-se tratar a todos aqueles que forem acusados como se fossem inocentes e não como se fossem, de antemão, culpados. Assim, a culpa somente poderá ter origem na sentença penal condenatória, e ressaltamos, não basta a mera decisão, contra essa sentença não poderá mais ser cabível qualquer recurso, em outras palavras, deverá a sentença condenatória possuir a marca do trânsito em julgado.

Adotar o princípio da presunção de inocência possui três importantes vertentes, a primeira denota verdadeira norma de tratamento, eis que o acusado deve ser tratado, enquanto não houver contra ele sentença penal condenatória transitada em julgado, como inocente, ou seja, não poderá sofrer restrições ou ser discriminado pelo fato que é acusado. A segunda, uma regra de julgamento,

---

[11] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003, p. 85.

[12] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003, p. 88.

segundo a qual o acusado somente poderá ser julgado culpado se o juiz tiver certeza de sua culpa formada por prova segura e produzida em contraditório. A terceira, não menos importante, refere-se à atribuição de toda carga probatória à acusação (Ministério Público ou Querelante), que deverá provar todos os elementos do crime que, se não comprovados de maneira satisfatória, não serão capazes de afastar a presunção constitucional de inocência e impondo-se uma sentença absolutória. (MORAES, 2010)

Infelizmente, como apontam Alexandre de Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr.[13], o princípio da presunção de inocência vem sendo desnaturado pelo viés de confirmação adotado amplamente pelos magistrados brasileiros, que partem da presunção de veracidade da acusação quando, em razão da presunção constitucional de inocência, deveriam partir da premissa da desconfiança da acusação.

Impõe lembrar que o acusado, durante o processo não é culpado, apenas é acusado, eis que demandará prova clara de sua culpabilidade que, não sendo produzida, levará fatalmente à sentença absolutória. Em razão do princípio da não culpabilidade, lembra Alberto Binder[14], o acusado não tem qualquer obrigação de provar sua inocência. Se ele (acusado) é presumidamente inocente, a não culpabilidade deve ser a regra, exigindo, para a condenação, prova segura e precisa da culpabilidade, caso esse estágio não seja atingido, a situação de não culpabilidade permanecerá inalterada.

Alberto Binder[15] anota que enquanto não for provada, pela sentença, a culpabilidade do acusado ele não poderá, de maneira alguma, ser tratado como culpado. Aponta o autor argentino que essa forma de tratamento constitui o núcleo do princípio da não culpabilidade.

Entre as mais relevantes consequências dessa forma de tratamento decorrente da presunção de inocência, está o regime jurídico das prisões e das medidas cautelares. Se o acusado não poderá ser tratado como culpado, também não poderá ter restrita, de forma alguma, sua liberdade como forma de

---

[13] ROSA, Alexandre de Morais da. KHALED JR. Salah H. *In dúbio pro hell*: o princípio mal-dito do processo penal. Disponível em: <http://justificando.com/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal/>. Acessado em: 08 jul. 2014.

[14] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003, p. 89.

[15] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003, p. 90.

aplicação antecipada da pena. Isso nos levará à conclusão de que toda restrição da liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve derivar de absoluta necessidade e fundamentar-se em bases cautelares para serem legítimas.

Assim, as medidas cautelares devem, obrigatoriamente, possuir caráter instrumental ao processo e não atuar como mera antecipação da pena privativa de liberdade, de forma que é urgente revisar os requisitos e pressupostos das prisões cautelares no sistema processual penal brasileiro. Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que "a prisão do inocente será sempre possível desde que fundada em razões acautelatórias dos interesses da jurisdição penal, e desde que devidamente fundamentada"[16]. E conclui o autor que a inocência, por ser um princípio previsto constitucionalmente, somente poderá ser afastada para a tutela de princípios da mesma hierarquia, como a efetividade do processo e a jurisdição penal[17].

As prisões cautelares somente poderão ser decretadas em último caso e segundo requisitos de extrema necessidade e de adequação da medida, porém até a edição da Lei nº 12.403/2011, não havia no processo penal nenhuma medida intermediária em relação à prisão, assim, ou o acusado estava solto ou estava preso. Com a edição da referida lei, foram criadas no ordenamento jurídico pátrio medidas cautelares diversas da prisão, ficando a prisão designada ao último caso. Este é o teor do art. 282 do Código de Processo Penal, após a redação da Lei nº 12.403/2011.

Verifica-se, pela leitura do referido art. 282 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva somente poderá ser decretada em último caso e segundo critérios de necessidade e adequação da medida. Essa restrição à prisão preventiva é decorrência do princípio da presunção de inocência, vez que somente quando for estritamente necessário é que se poderá restringir a liberdade individual de quem ainda não é culpado. Não basta sequer a prisão em flagrante[18] justificar a prisão do acusado, mesmo aquele que é colhido em

---

[16] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 176.

[17] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 177.

[18] Ressalte-se que a prisão em flagrante não configura uma medida cautelar no processo penal, mas apenas uma medida pré-cautelar de natureza pessoal (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 37), que possui dois objetivos bem definidos: impedir a prática do crime e preservar as provas do delito. Uma vez exauridos os referidos objetivos, deve a prisão ser convertida em preventiva,

flagrante delito continuará sendo presumidamente inocente, "independentemente da prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador"[19]. Repita-se, somente a sentença penal condenatória, calcada em provas concretas e com ampla fundamentação, é que poderá quebrar a presunção de inocência.

Dessa forma, toda prisão para ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deverá ter natureza eminentemente cautelar, visando resguardar o processo e não antecipar futura (e incerta) pena privativa de liberdade. Eis porque, devem ser tidos por inconstitucionais os pressupostos da prisão preventiva consistentes na garantia da ordem pública e da ordem econômica já que não possuem qualquer vinculação cautelar.

Assim, somente quando a prisão preventiva assegurar fins eminentemente cautelares é que poderá ser decretada, não podendo representar mera antecipação da pena a ser imposta ao acusado e, muito menos, forma de castigá-lo de forma antecipada. Lembre-se que o preso preventivo permanece sendo inocente, devendo, portanto, assim ser tratado por todos os envolvidos na persecução penal.

Também como reflexo direto do princípio da presunção de inocência tem-se que o uso das algemas deve ser restringido aos casos efetivamente necessários, ou seja, quando existir risco fundado de fuga ou resistência do preso, o que deverá ser justificada pela autoridade que ordenar a utilização das algemas. Assim, não basta o simples argumento de que as algemas foram utilizadas para a segurança das pessoas envolvidas e do próprio acusado, o emprego das algemas deve ser justificado concretamente, eis que não se pode mais tolerar o uso dos grilhões da infâmia simplesmente para a exposição pública de presos. Visando restringir a utilização indevida das algemas, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, na qual afirma que a utilização das algemas somente poderá ocorrer em casos de resistência, fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física daqueles que atuarem no ato em que as algemas foram necessárias.

---

caso estejam presentes seus pressupostos e requisitos, ou, caso não seja hipótese de prisão preventiva, deve ser restituída a liberdade do preso, devendo durar, no máximo, 24 horas (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 39).

[19] ROSA, Alexandre de Morais da. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 100.

As algemas não podem ser utilizadas como forma de estigmatizar o acusado, de modo a criar nos presentes no ato processual a imagem de uma pessoa perigosa e que efetivamente cometeu o delito. O acusado tem consigo, durante todo o procedimento até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a presunção de inocência.

Assim, nas audiências o acusado somente poderá permanecer algemado de forma excepcional, quando as circunstâncias fáticas demonstrarem a absoluta necessidade da utilização das algemas, não bastando o mero receio ou a justificativa de que as algemas foram mantidas para a segurança dos presentes no ato processual. Deve haver motivação idônea, fundada em elementos concretos, para que o acusado seja mantido algemado na sala de audiências, não basta o simples temor hipotético, que, por vezes esconde a sádica vontade de humilhar e estigmatizar o acusado, sob pena de ser nula toda a audiência de instrução e julgamento na qual o acusado permaneceu imotivadamente algemado. Contudo, ainda falta coragem aos Tribunais pátrios para anular as audiências de instrução e julgamento nas quais o acusado permanece algemado durante o ato, valendo destaque a posição firmada pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que anulou de ofício procedimentos nos quais o acusado permaneceu imotivadamente algemado, como se verifica no seguinte acórdão da lavra do desembargador Amilton Bueno de Carvalho[20]:

> PROCESSUAL PENAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA PARA A MANTENÇA DAS ALGEMAS. NULIDADE DO ATO.
>
> A mantença do réu com algemas na audiência instrutória deve ser concreta e objetivamente justificada, por imperativo da súmula vinculante nº 11 do STF. É inidônea a motivação que, por genérica e impessoal, torna regra que todos os acusados conduzidos a determinado Foro, indistintamente, permanecerão algemados. Tratamento incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.
>
> Anularam, em parte, o processo. Por maioria. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, *Habeas Corpus* 70035235290, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 2010)

Em seu voto afirmou o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho:

> Os cidadãos que não demonstram, objetivamente, com seu comportamento concreto, a intenção de se rebelar contra a execução do ato legal têm o

[20] No mesmo sentido o acórdão 70030002109 também relatado pelo Desembargador Amilton Bueno de Carvalho e a Apelação Criminal nº 70028751154, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. em 29/04/2009.

> direito de receber tratamento que respeite a dignidade da pessoa humana. E o uso de algemas – todos sabemos – tem sim efeito sugestivo da culpabilidade do acusado. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, *Habeas Corpus* 70035235290, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 2010)

O acusado preso não deve ser exposto à mídia, como, infelizmente, é prática recorrente no Brasil. Deve o Estado resguardar sua imagem e evitar sua exposição. A participação da imprensa no processo penal deve(ria) resumir-se à cobertura dos fatos e a noticiar os acontecimentos, porém sem exageros e sensacionalismos. A imprensa é fundamental na fiscalização democrática, porém a exposição da imagem do acusado acaba por violar sua dignidade, art. 1º, III, e art. 5º, XLIX, da Constituição da República, e formar a opinião pública de que aquele indivíduo, preso, é culpado, normalmente antes mesmo do oferecimento da denúncia. O sensacionalismo midiático acaba por condenar o indivíduo antes do próprio Judiciário, esquecendo que ainda brilha ao lado do acusado a presunção de não culpabilidade.

Alberto Binder[21] anota que a publicidade do julgamento possui duas consequências: ao mesmo tempo que implica em garantia na estruturação do processo penal, implica no fato de que, mesmo após sentença absolutória, o simples fato de ter sido submetido a um julgamento já é capaz de gerar constrangimentos ao acusado. Por esse motivo, a decisão de iniciar o processo penal não deve ser fruto de precipitação, devendo a ação penal, antes de iniciada, estar calcada em provas que levem a crer na real possibilidade de sua procedência.

Apesar de a publicidade ser um dos princípios da administração pública, conforme dispõe o art. 37 da Constituição da República, bem como ser um dos princípios da função jurisdicional, art. 93, IX, também da Constituição, Aury Lopes Júnior[22] afirma que se trata de uma garantia secundária, destinada a tornar o processo/debate transparente. Contudo, segue o autor citado, a publicidade exagerada é convertida em antigarantia. "A publicidade abusiva, comprovadamente, causa distorção no comportamento dos sujeitos processuais (promotores, advogados e juízes), aumentando ainda mais o estigma do imputado" [23].

---

[21] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003, p. 187.

[22] LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2010c, p. 180.

[23] LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2010c, p. 180.

A presunção de inocência é completamente esfacelada com a exposição excessiva dos fatos pela imprensa. A mídia realiza julgamentos paralelos, o que afeta, consoante ao que diz Aury Lopes Júnior[24] a relação entre o juiz e o acusado, sobretudo na decisão final. O princípio da presunção de inocência é massacrado pela publicidade abusiva e pelos julgamentos prévios, sendo a dúvida dirimida inconscientemente pelo falso princípio *in dubio pro societate*, quando a dúvida somente poderia levar à absolvição.

Também relacionado ao princípio da presunção de inocência coloca-se a distribuição do ônus da prova no Processo Penal. Sobre as provas, vale lembrar o que já dizia Malatesta:

> Importa ainda observar que o fim supremo do processo judicial penal é a verificação do delito, na sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo processo penal, no que respeita ao conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não, pois que qualquer juízo não se pode resolver senão numa condenação ou numa absolvição, e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, por outras palavras, a não conquistada certeza do delito, que obriga a absolvição.[25]

Assim sendo, toda acusação, no processo penal deve ser comprovada, caso contrário, a falta de prova deve levar à absolvição, justamente em homenagem ao princípio da presunção de inocência. A prova é que irá possibilitar a quebra da presunção de inocência para a construção da culpa do acusado de forma legítima, não havendo prova a absolvição é direito do acusado.

Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2009, p. 296) afirma que, em razão do princípio da presunção de inocência, tratado pelo autor como situação jurídica de inocência, a prova da materialidade do fato (existência do crime) e sua autoria competiria exclusivamente à acusação (Ministério Público ou Querelante), enquanto à defesa competiria o ônus da prova das excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Porém, como se afirmou linhas acima, com o devido respeito ao professor mineiro, não se pode concordar com a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira, eis que se o acusado é tido por inocente, toda a carga probatória deve recair sobre a acusação, competindo a ela comprovar todos os elementos do

---

[24] LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2010c, p. 183.

[25] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal – Vol I*. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 88.

crime que imputa ao acusado. Assim, se o crime é um fato típico, ilícito e culpável, compete à acusação todo o ônus probatório de comprovar cabalmente seus elementos, cabendo à defesa tão somente a faculdade de refutar a prova produzida pela acusação

Logo, devemos ter no princípio da presunção de inocência a tônica para determinar a carga probatória à acusação, diante desse princípio competirá à acusação toda a carga probatória da existência do crime, com todos seus elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), bem como de sua autoria. Nesse diapasão, é imprescindível a revisão crítica e em conformidade constitucional da doutrina e a jurisprudência que entendem, de forma bolorenta, competir à defesa o ônus da prova das excludentes. Dessa forma, deve-se interpretar a distribuição do ônus probatório para que esse seja adequado ao princípio da não culpabilidade.

Além de toda carga probatória ser da parte acusadora, o acusado não tem qualquer obrigação de produzir qualquer prova, ao contrário, vigora em seu benefício o princípio da não autoincriminação, ou, *nemo tenetur se detegere*. Eugênio Pacelli de Oliveira[26] aponta que o referido princípio tem origem na necessidade de superação do regime absolutista, portanto, possui vínculos no liberalismo. Ainda segundo o autor citado[27], o direito ao silêncio é uma exigência do próprio princípio da presunção de não culpabilidade, que gera, como consequência à atribuição do ônus probatório à acusação.

Juan Montero Aroca[28] ensina que o acusado não tem qualquer ônus probatório, não precisa provar nada, a prova de toda a imputação recai sobre os acusadores de forma a que sua falta leva à sentença absolutória. Assim, a presunção de não culpabilidade somente poderá restar quebrada quando houver, no processo prova válida, produzida em conformidade com o Direito (prova lícita), em contraditório (produzida em contraditório jurisdicional) e desde que sejam assegurados ao acusado todos os meios de defesa e argumentação necessários (ampla argumentação).

---

[26] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207.

[27] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 209.

[28] AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 153.

Rogério Lauria Tucci[29] aponta as origens do direito a não autoincriminação no desenvolvimento do *ius cummune* e no processo penal canônico. Contudo, o autor citado afirma que o direito de permanecer calado somente foi incorporado ao rol de direitos fundamentais do indivíduo de modo enfático a partir da edição da 5ª emenda da Constituição Norte-Americana, de 1791. Por sua vez, Luigi Ferrajoli[30] aponta que o princípio da não autoincriminação foi enunciado por Hobbes e foi recebido desde o século XVII pelo direito inglês, configurando a primeira máxima do garantismo processual acusatório.

O princípio da não autoincriminação encontra previsão expressa no ordenamento constitucional brasileiro no art. 5º, LXIII, da Constituição da República, que, apesar de assegurar o direito ao silêncio apenas aos presos, aplica-se a todo e qualquer acusado, não havendo qualquer razão para que fosse diferente. Consiste o direito ao silêncio, concomitantemente, na proteção do silêncio do acusado e, via de consequência, na proteção contra sua autoincriminação[31].

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, não se referiam ao direito a não autoincriminação e, consequentemente, não adotavam o direito ao silêncio. Somente no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/1992), em seu artigo 14, 3, "g" é que o direito à não autoincriminação foi expressamente previsto. Após, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – Decreto nº 678/1992) também adotou o princípio da não autoincriminação de modo expresso em seu art. 8º, 2, "g" [32] .

No primeiro capítulo foi dito que a ampla defesa pode ser exercida tanto pela autodefesa e pela defesa técnica, sendo que a primeira pode ser dividida em ativa ou passiva, a não auto, incriminação corresponde ao exercício

---

[29] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 362-363.

[30] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 560.

[31] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 363.

[32] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 365.

da autodefesa passiva, na qual o acusado[33] deixa de colaborar ativamente com a investigação ou com a instrução processual adotando postura passiva. Apesar de o texto constitucional afirmar que apenas o direito de permanecer calado, a não autoincriminação abrange tanto o direito ao silêncio como a participação em qualquer outro meio de prova, assim, o acusado não é obrigado a participar de reconhecimentos, reconstituições, acareações, etc., nem a ceder material para qualquer exame pericial. Em síntese, o acusado não tem qualquer obrigação de participar ativamente ou de praticar qualquer ato probatório.

Juan Montero Aroca aponta que o direito ao silêncio é uma manifestação da presunção de não culpabilidade, devendo ser garantido ao acusado no processo penal o direito de não participar dos atos processuais e, inclusive, o direito de mentir[34].

Eugênio Pacelli de Oliveira[35] afirma que o direito ao silêncio é, ao mesmo tempo, uma afirmação da situação jurídica de inocência (princípio da presunção de não culpabilidade) e uma forma de controle da idoneidade da prova que exige que uma eventual decisão condenatória não seja baseada na maior ou menor habilidade do inquiridor e na ausência de raciocínio lógico ou de tranquilidade do acusado.

Além de não ser obrigado a participar, o acusado não tem qualquer obrigação com a verdade, podendo, inclusive, mentir em seu interrogatório. O interrogatório tem natureza de ato de defesa, que, eventualmente, poderá ser utilizado como elemento para a formação do convencimento do juiz, desde que em conjunto com as provas produzidas nos autos. Assim, no momento do interrogatório, o acusado não está produzindo provas, mas exercitando a autodefesa, passiva ou ativa, sendo aquele momento a oportunidade para que ele possa relatar a própria visão dos fatos a ele imputados, mesmo que essa não seja verídica.

---

[33] Utilizamos da expressão "acusado" em sentido amplo, devendo, portanto, ser entendido de forma a abranger tanto o acusado em processo jurisdicional como o indiciado e o investigado.

[34] AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 155-158.

[35] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 209.

Alberto Binder afirma que o acusado tem o poder de decisão sobre seu depoimento, somente ele poderá determinar o que quer ou o que interessa declarar. Assim, pode-se dizer que o acusado não tem dever de dizer a verdade e, de sua mentira, assim como de seu silêncio, não se poderá extrair argumentos para prejudicá-lo, eis que o ato do interrogatório possui natureza de meio de defesa do acusado e não de produção probatória. Em complemento, afirma que o processo penal não busca a confissão, como buscava nos procedimentos inquisitoriais medievais, não podendo o Estado utilizar de quaisquer dispositivos, meios, astúcias ou pressão para provocar a confissão do acusado[36].

O Código de Processo Penal brasileiro, mantém em seu texto o art. 198, que permite ao juiz valorar o silêncio do acusado para a formação de seu convencimento. Obviamente que o referido artigo não foi recepcionado pela Constituição da República, já que o texto constitucional prevê o direito ao silêncio fazendo com que o acusado não possa ser punido por exercer um direito constitucionalmente previsto. Se não bastasse a não recepção, a reforma realizada no interrogatório, promovida pela Lei nº 10.792/2003, alterou a redação do art. 186 e previu, em conformidade com a disposição constitucional, que o acusado deve ser cientificado do direito ao silêncio e que o exercício desse direito não poderá ser utilizado em seu prejuízo, revogando, tacitamente, o disposto no art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Assim, o silêncio não poderá prejudicar o acusado eis que constitui seu direito, sendo o art. 186, parágrafo único, do CPP um fantasma que insiste em vagar e a assombrar Código de Processo Penal brasileiro, mesmo mais de vinte e três anos após a vigência da Constituição, já passou da hora de exorcizar esse tipo de alma penada.

Outro fantasma que insiste em perambular na doutrina e na jurisprudência e que seu exorcismo demanda urgente visitação ao princípio da presunção de inocência é o repetido "princípio" "*in dubio pro societate*", ou, na dúvida para a sociedade. A utilização mais recorrente do referido "princípio" consiste na decisão de pronúncia, art. 413 do Código de Processo Penal brasileiro, que remete o acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri, na qual não se exige a prova da autoria do fato, mas apenas indícios suficientes.

---

[36] BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003, p. 135-136.

Contudo, nem a Constituição e, nem o Código de Processo Penal falam ou mencionam o "princípio" "*in dubio pro societate*", ou seja, ele não existe em nosso ordenamento jurídico, nem poderia existir, afinal o legislador constituinte pretendeu constituir um Estado Democrático de Direito e, nesse modelo, a única presunção que se permite é em benefício do acusado, que é presumidamente inocente. Afirma Paulo Rangel (RANGEL, 2006, p. 79) com muita propriedade que o "chamado princípio do in dubio pro societate não é compatível com o Estado democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus".

Não existindo o referido "princípio", então o que fundamenta a pronúncia? E a prisão preventiva? Impera no Tribunal do Júri, por força do art. 5º, XXXVIII, "c", o princípio da soberania dos veredictos e, por força da alínea "d" do mesmo artigo e inciso citado, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Pois bem, em razão do preceito constitucional citado, tem-se que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é soberanamente do Tribunal Popular do Júri, competindo ao juiz de direito presidente da instrução preliminar apenas verificar a admissibilidade da acusação. Assim, é a decisão de pronúncia mera decisão de admissibilidade da acusação e, por isso, o art. 413 do Código de Processo Penal exige para a decisão de pronúncia apenas a existência da prova da existência do crime e de indícios de sua autoria, deixando ao Tribunal Popular, juízo natural e constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a competência para julgar os casos submetidos ao julgamento pelo Júri.

Assim, a pronúncia deve, por exigência constitucional, apenas e tão somente apurar a existência do crime e a presença dos indícios minimamente razoáveis de autoria, deixando ao sodalício popular a apreciação aprofundada das provas dos autos e a decisão de mérito da causa. A decisão de pronúncia é mera decisão interlocutória de natureza mista que representa mero juízo de admissibilidade da acusação para julgamento pelo juiz natural dos crimes dolosos contra a vida: o Tribunal do Júri. De modo que, não poderá o juiz singular excluir o julgamento do órgão constitucionalmente destinado a julgar aqueles crimes. Portanto, não é o "*in dubio pro societate*" que fundamenta a pronúncia, ele sequer existe, a pronúncia não exige juízo de certeza apenas por ser uma decisão interlocutória que admite a acusação para o julgamento pelo juízo natural.

2. A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO UM PRINCÍPIO LÍQUIDO

Os escritos do sociólogo Zygmunt Bauman são assertivos para auxiliar na compreensão do momento em que se encontra o atual tratamento atribuído à presunção de inocência no Brasil, bem como suas principais características, que, como aponta o autor, são voltadas principalmente pela volatilidade. Assim, o aumento de incertezas e constantes mudanças, apontadas por Bauman, quando trazidas para o contexto jurídico, aumentam a compreensão dos motivos para que garantias cruciais, como a presunção de inocência, passem a ser, erroneamente, relativizadas:

> A partir dessa conclusão, só havia um pequeno passo a se dar para definir como 'líquido-moderna' aquela forma emergente de vida, aquela forma que era moderna de uma maneira radicalmente diferente daquilo que havíamos testemunhado (e de que havíamos participado) antes. Uma forma de vida digna de nota sobretudo por sua reconciliação com a ideia de que, assim como todas as substâncias líquidas, também as instituições, os fundamentos, os padrões e as rotinas que produzimos são e continuarão a ser como estas, 'até segunda ordem'; que elas não podem manter e não manterão suas formas por muito tempo. Em outras palavras, que entramos em um modo de viver enraizado no pressuposto de que a contingência, a incerteza e a imprevisibilidade estão aqui para ficar. Se o 'fundir a fim de solidificar' era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a 'perpétua conversão em líquido', ou o 'estado permanente de liquidez', é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas[37].

E enfatiza-se que essa compreensão é importante para que tais flexibilizações não prosperem, afinal trata-se de temática que, para manutenção do Estado Democrático de Direito, é crucial. Afinal, está em tela a discussão sobre uma garantia processual caríssima, um direito fundamental. De modo que, é urgente a inadmissibilidade da transformação deste direito, que, pela sua natureza, exige solidez, em um direito com menos força, uma suposta presunção de inocência líquida. Ora, como tratar como se fosse líquido, um direito que é cláusula pétrea? A vontade do constituinte foi clara: o §4º do artigo 60 da

[37] BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p.11-13.

Constituição Federal determinou que esta presunção de inocência é um dispositivo constitucional imutável. Repita-se: cláusula pétrea.

Por isso, é primordial o vislumbre possibilitado pela obra de Zygmunt Bauman, com suas diversas reflexões sobre liquidez e incerteza. Eis que as mesmas devem servir de alerta em um Estado Democrático de Direito que prima pela rigidez das garantias fundamentais, pois apesar do apontamento do indigitado sociólogo quando declara que, na modernidade líquida, as pessoas se engajam e se apegam em "ligações frouxas e compromissos revogáveis"[38], não é difícil perceber, inclusive nos dias atuais, muitos daqueles que defendem flexibilização de garantias para o outro, as conclamando para si. É isso o que alguns querem: direitos flexíveis enquanto não sejam necessários para eles mesmos, os defensores dessa barbárie. Pois bem, obviamente, defende-se a plena e imaculada presunção de inocência para todos, porém, não se podia deixar de pontuar a incoerência de certos discursos convenientes.

Todavia, o que se observa por meio da atuação jurisdicional no Brasil, é a crescente liquidez deste princípio que é tão caro para o modelo acusatório do processo penal, adotado constitucionalmente. Isto se evidencia, em boa parte, pelo número expressivo de decretações de prisões preventivas, com fundamentações que não atendem a finalidade cautelar exigida pelo instituto. A impressão que resta é que muitos juízes estão se afastando de seus lugares, ou seja, garantidores dos direitos fundamentais, com o fim de atender aos clamores sociais. Pois, não é raro perceber que decisões com esse viés importam em verdadeiras execuções antecipadas da pena. Enfatiza-se que é papel dos magistrados garantirem que os direitos individuais sejam respeitados, ainda que a sociedade não entenda tal postura como mais adequada:

> O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da justiça, mas órgão de exercício judicacional segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção atualizada e crítico-discursiva (neoinstitucionalista) de intra e infra expansividade principiológica e regradora[39].

Portanto, poderá o descrédito do Estado, por parte da população que clama por maiores punições, servir como desculpa para que direitos fundamentais dos indivíduos sejam violados? Evidente que não. É preciso refletir sobre

---

[38] BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p.11.

[39] LEAL, Rosemiro Pereira de. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 44.

o quanto isso é paradoxal, já que aqueles que sofrerão as violações, passarão a perceber o Estado com grande desconfiança, afinal a falha estatal perante este, principalmente quando há passagens pelo terrível cárcere, gerará, com certeza, marcas irreparáveis. Assim, diz-se que se pune mais e de forma desrespeitosa aos princípios do processo penal democrático com intuito de proteger ou até mesmo de saciar a sociedade, se distanciando do apontamento essencial realizado pelo Amilton Bueno de Carvalho[40] "ao proteger os direitos do um - seja quem for, seja qual delito cometido – se está protegendo a própria sociedade da qual o um é parte indissociável".

Neste sentido, Thiago Minagé é assertivo, pois "a expectativa de punição de culpados não pode permitir que inocentes, sem exceção, deixem de ser protegidos pelo próprio estado que os pune."[41] E não é preciso muito esforço, para perceber o quanto agride o pensamento jurídico-penal, formado de acordo com o sistema acusatório, a decretação do encarceramento de diversos cidadãos antes do trânsito em julgado, quando tais decisões em muito se distanciam dos fins cautelares. Isto é liquidez da presunção de inocência. A impressão que a enorme decretação de prisões preventivas passa é que os cidadãos processados vivem com sua liberdade colocada em xeque, quando, na verdade, a liberdade deveria ser a regra durante o processo.

Assim, como consequência da desconsideração recorrente da presunção de inocência, não se percebe a permanência deste direito e, a constante impermanência, é consequência da modernidade líquida preconizada por Bauman[42], pois o mesmo avisa que a modernidade possuía como objetivo o derretimento dos sólidos representados pelas tradições, a fim de que novas tradições, mais modernas, se solidificassem, todavia, em algum momento perdeu-se tal projeto de reconstrução de novas tradições, restando a angústia de não se possuir certezas sobre quase nada. E não é preciso tecer comentários sobre o quão opressivo é a incerteza sobre o seu direito de liberdade. Opressão esta que a constituição visa erradicar com a presunção de inocência.

---

[40] CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 09.

[41] MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e medidas cautelares à luz da constituição*: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 158.

[42] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Sobre este prisma, percebendo-se este deplorável cenário de liquidez, se propõe que se solidifique, com urgência, a presunção de inocência, sob a ótica garantista proposta por Luigi Ferrajoli[43], um Direito Penal mínimo, que está pautado pela "lei do mais fraco", visando então uma efetiva, plena e sólida proteção daquele que é acusado. Trata-se de alcançar um patamar em que a presunção de inocência seja levada tão a sério que os magistrados entendam que apesar do termo "presunção", aquele que ali está sendo acusado do cometimento de algum crime, não só é presumidamente inocente, ele é inocente, de fato, até que se prove, de forma irrecorrível, o contrário. Devendo, este acusado, portanto, receber incondicionalmente o tratamento que um inocente merece. E, frise-se que, em um Estado Democrático de Direito que prioriza sua constante manutenção e evolução, pessoas inocentes não podem ser presas.

Por fim, tem-se que um processo penal acusatório, onde as funções de seus sujeitos sejam efetivamente estabelecidas e cada um ocupe seu lugar constitucionalmente demarcado[44], somente será atingido se obedecida a presunção de inocência. Sem exceções, não há espaço para se mitigar o princípio, não se pode tolerar qualquer redução dele, sob pena de não se ter um processo democrático e a crise do processo penal ser resolvida pela morte da constituição cidadã.

Conclui-se, pois, que o devido processo penal legal, segundo os preceitos do processo acusatório e exigência do Estado Democrático de Direito, o acusado tem o direito (não é nenhum favor do Estado ou nenhum benefício ao acusado, é um direito!) de ser considerado não culpado até que a presunção, de natureza relativa, seja quebrada por sentença penal condenatória fundamentada em provas concretas, produzidas pela parte acusadora, de sua culpabilidade. Isso implica diretamente no fato de que o acusado não é obrigado a produzir qualquer prova contra si mesmo, afinal, se é presumido não culpado, o acusado tem o direito de conservar a presunção e não é obrigado a se incriminar.

---

[43] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[44] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida***.** 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis***.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale***.** Torino UIET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal***.** Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**.** *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, nº 183, p. 103-115, julho/setembro de 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira de. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal* (*fundamentos da instrumentalidade constitucional*). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2010c.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal – Vol I*. São Paulo: Saraiva, 1960.

MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e medidas cautelares à luz da constituição*: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumnen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre de Morais da. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre de Morais da; KHALED JR. Salah H. *In dúbio pro hell*: o princípio mal-dito do processo penal. Disponível em: <http://justificando.com/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal/>. Acessado em: 08 jul. 2014.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A crise existencial do processo penal brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e a inquisitoriedade da vida real. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina**.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A DIMENSÃO DA INOCÊNCIA PROCESSO PENAL: O DIREITO DE SER JULGADO SEM JUÍZOS INCRIMINATÓRIOS ALTERNATIVOS

Leonardo Augusto Marinho Marques[1]

"No final de toda liberdade, há uma sentença;
eis por que a liberdade é pesada demais."[2]
(Albert Camus, *A queda*)

INTRODUÇÃO

O artigo parte da premissa de que a inocência é uma qualidade primária de toda pessoa, que lhe assegura a prerrogativa de ser julgado uma única vez, na forma institucionalizada pelo Direito.

Após demonstrar a prevalência da culpa apriorística sobre o *status* de primariedade, em diversos momentos da História, o texto se volta contra os fatores que promovem, na atualidade, a fuga ao julgamento oficial. Assim como o sambenito e letra escarlate faziam no passado, tais elementos induzem a sucessivos juízos de culpa antes de ser possível chegar à decisão formal sobre a inocência ou a responsabilidade.

---

[1] Doutor em Ciências Penais. Professor de Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

[2] CAMUS, Alberto. *A queda*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007. *E-book*, p. 1.138.

Compreendendo o processo como ambiente que testa a falibilidade de argumentos e provas que pretendem fundamentar a sentença, o trabalho denuncia a ilegitimidade de referentes que não passam pelo filtro cognoscente da processualidade. Defende que o processo funda o julgamento, estabelecendo o marco a partir do qual se é permitido adquirir conhecimento para fundamentar a sentença.

O diálogo com a psicanálise e a literatura se faz presente para enriquecer análises e deduzir hipóteses plausíveis.

1. A PERVERSIDADE DA CULPA PRESUMIDA

A inocência retrata o *status* natural de toda pessoa humana. Trata-se de uma qualidade elementar, cuja existência precede a ocorrência do fato qualificado de ilícito. Esse padrão universal de primariedade tem por objetivo assegurar o direito ao julgamento formal para toda pessoa que venha a ser acusada da prática de um delito.

Cumpre registrar que o Direito não anula o *status* de inocente, automaticamente, quando surgem evidências apontando determinada pessoa como provável autora de um fato punível. Havendo indícios preliminares de autoria e materialidade, torna-se imprescindível promover o enfrentamento do caso, na forma institucionalizada pelo Direito.

É preciso ter mente que a submissão de uma hipótese ao julgamento pode resultar sempre em dois possíveis resultados jurídicos: absolvição (que seria a confirmação da inocência) ou condenação (que seria a reprovação da conduta valorada de ilícita).

Não se exige um raciocínio sofisticado para se compreender que somente a reprovação contida em uma decisão jurídica seria capaz de cancelar o padrão de primariedade e de declarar a responsabilidade pelo fato julgado, respeitando-se, logicamente, as regras que permitem o reexame do caso.

Apesar da inocência descrever um *status* primário aparentemente óbvio, Mauricio Zanoide de Moraes faz um importante alerta. Até que a inocência fosse efetivamente inscrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, os sistemas jurídicos promoviam julgamentos fundados na presunção de que o imputado era culpado[3].

---

[3] MORAES, Mauricio Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Após visitar as diferentes fases do processo penal, o autor concluiu que o Direito Romano nunca adotou o padrão jurídico de inocência. A noção apriorística de culpa movia os julgamentos tanto no modelo inquisitivo, quanto no acusatório. No período comicial, por exemplo, havia uma relação estreita entre Direito e Religião, que fazia com que o imputado fosse tratado como pecador ou traidor. Mais tarde, como consequência da política imperial expansionista, a máquina punitiva acabou sendo utilizada contra as pessoas que ameaçavam a estabilidade da República e eram classificadas como inimigas do Estado[4].

De acordo com o Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, os juízos de Deus e as ordálias, que se espalharam na Alta Idade Média, ocorriam quando se desconfiava da inocência do imputado. A dúvida era que o submetia às provas de Deus. Acreditava-se, então, que a intervenção divina expurgaria a culpa presumida[5].

A Baixa Idade Média presenciou o declínio das ordálias e dos juízos de Deus e a ascensão do Direito Canônico, reconstruído a partir do Direito Romano. O procedimento inquisitivo foi resgatado. O conceito de inimigo, por sua vez, foi retomado para perseguir as pessoas que desafiavam os dogmas religiosos. O julgamento passou a ser dominado pelo marco cultural pessimista de que "o animal humano nasce culpado. Estando o mundo corrompido, basta cavar em um ponto qualquer para que o mal se aflore"[6].

Nesse cenário de culpa prévia, a absolvição constituía uma hipótese absolutamente remota, somente admitida quando o imputado apresentava a prova plena de sua inocência. Indícios e dúvidas geravam uma condenação abrandada. Má fama impunha a absolvição de instância, que suspendia o julgamento até surgirem provas da responsabilidade[7].

---

4 MORAES, Mauricio Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-39.

5 MORAES, Mauricio Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41-44.

6 CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 21-22.

7 MORAES, Mauricio Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59-60.

Os registros históricos são bastante expressivos ao descrever as razões que permitiram a sobreposição da culpa apriorística à condição natural de inocência.

Intolerância religiosa, política imperial expansionista, discurso de segurança apartado dos direitos fundamentais e combate ao inimigo são premissas que não permitem, jamais, a submissão do caso ao ambiente institucional do processo. Tratam-se de argumentos típicos de sistemas jurídicos autoritários, que não suportam o risco de dupla possibilidade que diferencia todo julgamento democrático: absolvição ou condenação.

Delimitadas as razões históricas que sempre negaram o *status* natural de toda pessoa humana, talvez tenha chegado a hora de analisar outros fatores que insistem em violar a inocência, emanando juízos contínuos de censura. Talvez, seja o tempo de dialogar com a psicanálise... analisar a forma peculiar com que encaramos o totem e resistimos aos tabus... observar a inveja do transgressor... buscar respostas para a fantasia da expiação.

A psicanálise pode nos ajudar a reverter o dano que os juízos colaterais de reprovação vêm provocando ao julgamento oficial. Sem compreender o que leva um sujeito a induzir a culpa de forma permanente, não conseguiremos atacar o problema da censura informal.

Tendo como referência a obra de Sigmund Freud, Jeanine Nicolazzi Phlippi observa que o castigo proporciona a quem o executa a "oportunidade de cometer o mesmo ultraje sob a aparência de um ato de expiação". E conclui que o "sistema penal humano" se baseia, acertadamente, na "pressuposi*ção de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso quanto na comunidade que se vinga*"[8].

Especialista na matéria, Fábio Melo comenta que os criminosos nos "d*ão um álibi social, uma justificativa legítima para a livre enunciação de nossas fantasias inconscientes e sua realizaçã*o" (...) Segundo o psicanalista, ao "cometerem seus crimes", eles "realizam fantasias inconscientes presentes em muitos de nós" e nos dão a chance de que precisávamos para "realizar essas fantasias sem culpa".[9]

---

[8] PHILIPPI, Jeanini Nicolazzi. *A lei*: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 193.

[9] BELO, Fábio. Do desejo de vingança á capacidade de perdoar: julgamento e psicanálise. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). *Direito e Psicanálise*: interseções a partir do julgamento em Grande Sertão Veredas, de João Guimarães Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 84.

O diálogo com a psicanálise é sempre complexo. Indiscutivelmente, a fantasia da expiação merecia uma abordagem mais qualificada, por envolver conceitos específicos de uma disciplina ainda estranha ao Direito, mas detentora de uma capacidade extraordinária de provocar reflexões profundas e de conduzir a críticas agudas.

Não obstante a limitação – reconhecidamente, houve apenas uma introdução à ilusão do castigo –, entende-se ser possível levantar, desde já, as seguintes questões: os atores que rompem, deliberadamente, com o julgamento oficial e passam a emitir juízos prolongados de censura estariam sendo guiados, inconscientemente, pelos mesmos impulsos proibidos dos infratores? A ânsia pela punição seria a face oculta da realização de fantasias inconscientes?

Alberto Camus estava certo quando pressentiu que "n*ão podemos afirmar a inoc*ência de ningu*ém, ao passo que podemos afirmar com segurança a culpabilidade de todos*"[10]. Somos obrigados, no entanto, a reconhecer a gravidade do alerta camusiano. O Direito deveria ter repelido, há muito, os juízos colaterais de culpa que insistem em concorrer com o enfrentamento institucional do caso penal.

2. A INOCÊNCIA APÓS A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão conferiu à inocência tratamento jurídico inédito na História:

> Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário par prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei.

A redação evidencia a preocupação em eliminar a culpa apriorística e em restringir o imediatismo com que se decretava a prisão de quem fosse presumido culpado.

Pode-se dizer que a Declaração de 1789 delineou o conceito da inocência na modernidade. Em síntese no campo principiológico, a inocência tem excepcionado a prisão processual, fixado o ônus da prova para a acusação e gerado a regra que impede o tratamento do imputado, no processo, como o antigo inimigo ou herege, contra quem tudo se justifica.

---

[10] CAMUS, Alberto. *A queda*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007. *E-book*, p. 943.

No cotidiano forense, porém, a excepcionalidade da prisão e a exclusividade do encargo probatório são questões que têm enfrentado dificuldades reais, em face da influência que a mentalidade inquisitória ainda exerce sobre a cultura romano-germânica.

Não é fácil romper com uma tradição secular que, operando no marco pessimista da culpa, concebeu a prisão como primeiro ato do procedimento, delegou a função acusatória ao juiz e lançou mão do discurso evidente, em face da dificuldade concreta de se produzir a prova do comportamento herético, que não fosse a própria revelação do pecado (confissão)[11].

Sobretudo, porque essa tradição foi revitalizada no século XIX, pelo Código Napoleônico. Desde então, os juízes continuam exercendo atos que deveriam ser exclusivos da acusação. Naturalmente, se o juiz exerce a função acusatória, o Ministério Público deixa de assumir integralmente o ônus da prova. Em geral, ou o juiz produz prova de ofício para elidir a dúvida ou o imputado se vê na obrigação de comprovar a condição elementar de inocência. Paradoxalmente, o ordenamento institucionalizou o *status* de primariedade, mas o processo continua a ressentir os reflexos daquele pensamento que concebia o ser humano como culpado nato.

Importante destacar que a proibição de tratar o imputado como o antigo inimigo ou herege se mostrou insuficiente para tutelar a qualidade de inocência. Hoje, se defende que o imputado não pode ser tratado de forma alguma como condenado. Reconhece-se que a regra de tratamento produz efeitos internos e externos ao processo e se preocupa, objetivamente, com todos os fatores que remetam à antecipação do juízo de reprovação: antecedentes criminais, reincidência, uso desnecessário de algemas, exposição de suspeitos, entrevistas coletivas da Polícia e do Ministério Público, divulgação midiática de dados, utilização de uniformes prisionais em audiência[12].

São, especificamente, esses fatores que induzem a juízos de censura antecipados e contínuos que se enfrenta nesse artigo. Penso que, ao fundar o julgamento, o processo absorve a atividade argumentativa e probatória que se legitima para integrar a decisão final.

---

[11] MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. *In*: BONATO, Gilson (Org). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[12] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109-110.

3. O PROCESSO FUNDA O JULGAMENTO OFICIAL

Uma sociedade livre e plural sabe perfeitamente que a democracia é um projeto "aberto, indeterminado e infinito"[13], que tem como pressuposto a incompletude do ordenamento jurídico.

Nesse modelo social, o Direito não se encontra préconcebido na norma, em perfeita condição de ser aplicado, mecanicamente, pelos juízes; tampouco remete a um conjunto de valores que seriam apreensíveis, exclusivamente, por quem detém a prerrogativa de julgar. Ao contrário, o Direito constitui uma realidade que está em eterna construção pela via da liberdade e da cidadania.

Em nome da liberdade interpretativa e argumentativa, características do pluralismo jurídico, o ordenamento jurídico permite que o cidadão-parte atue ativamente do procedimento criado para elaboração das normas que serão aplicadas ao caso concreto, em condições de simétrica paridade com os representantes do Estado. O esforço hermenêutico empreendido pelos sujeitos legitimados a atuar no procedimento é que permite aferir o caráter democrático de uma decisão jurídica.

Com efeito, a submissão do Direito à processualidade elide a imposição autocrática de leis, por parte do Estado, com o consequente dever de obediência para os indivíduos. Sem essa submissão, o Estado criaria, interpretaria e aplicaria a lei, unilateralmente, com base em seu poder de império. Contudo, toda a produção jurídica estaria comprometida pela falta de legitimidade, de acordo com o magistério de Aroldo Plínio Gonçalves:

> Entre uma decisão 'justa', tomada autoritariamente, e uma decisão 'justa', construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade. [14]

Inserido nessa perspectiva de legitimidade democrática, o processo penal se volta para a criação comparticipada da lei, em seu momento mais delicado, que é o do enfrentamento do caso penal. Sempre compromissado com os direitos fundamentais da pessoa humana, núcleo do constitucionalismo moderno, o processo penal surge como instituto responsável por institucionalizar

---

[13] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 164.

[14] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 174.

diálogos e provas, que são os elementos cognitivos conformadores do saber jurídico a ser expresso na sentença.

Nesse sentido, o processo penal cria um ambiente compartilhado de interpretação, argumentação e produção de prova que conduz à prolação de uma sentença reconhecidamente democrática, porque proveniente da atividade desenvolvida, pelos sujeitos processuais, no âmbito do procedimento de criação das normas aplicáveis ao caso em análise.

Ocorre que a institucionalização de discursos e provas estruturantes do saber jurídico, no ambiente processual, revela-se insuficiente para a realização do projeto democrático se o sistema de justiça deixa de institucionalizar, primeiro, o próprio julgamento. É preciso lembrar que o "Estado organizou a função jurisdicional", exatamente, para "dar respostas à sociedade sobre condutas valoradas negativamente, que seriam qualificadas de ilícitos"[15].

Partindo dessa hipótese, chega-se à conclusão de que, diante da possível ocorrência de uma infração penal, uma resposta precisará ser apresentada à sociedade. Porém, trata-se de uma resposta juridicamente qualificada, que somente pode ser obtida com o resultado de um julgamento oficial.

Conceber o Direito Penal como realidade democrática a ser, permanentemente, construída por meio da cidadania significa não apenas disponibilizar ao imputado a oportunidade irrestrita de debater o caso, interpretar as fontes jurídicas, argumentar, contra-argumentar, confrontar a prova incriminatória e produzir a defensiva; significa, essencialmente, garantir-lhe que o enfrentamento do caso se realiza em um único momento, na forma institucionalizada pelo Direito.

Não seria importante estabelecer que, ao fundar o julgamento, o processo fixa as condições para o enfrentamento do caso? E que todo argumento e prova que pretendam conferir racionalidade objetiva à decisão somente podem ser introduzidos pelos sujeitos legitimados, nas fases procedimentais disponíveis para a elaboração da norma aplicável ao caso?

O que se pretende por institucionalização da justiça, senão que o sistema jurídico se proponha a combater juízos paralelos e contínuos de censura que concorrem com o julgamento oficial?

---

[15] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 53.

Não é possível defender a função jurisdicional, como instância legítima para construção da reposta ao provável ilícito, sem assegurar ao imputado o direito ao julgamento definitivo, ou seja, aquele no qual a absolvição e a condenação emergem como produto epistêmico de um julgamento oficial.

Perceba que para se chegar à condenação, faz-se necessário superar a dúvida razoável que exigiria a preservação da inocência. O *status* de inocente constitui, pois, uma qualidade primária, já consolidada quando o comportamento ilícito se manifesta, e que preserva sua solidez durante o julgamento oficial.

É, precisamente, nesse ponto, que as palavras de Albert Camus[16] novamente nos ajudam a perceber a dimensão da *inocência* no processo penal. Juízos paralelos de censura representam a fuga ao julgamento oficial; simbolizam a uma espécie de licença para que a reprovação subsista, continuadamente, sem que chegue jamais à sentença:

> O problema é contornar, e sobretudo, oh, sim, sobretudo o problema é evitar o julgamento. Não digo evitar o castigo. Porque o castigo sem julgamento é suportável. Ele tem, aliás, *um nome que assegura nossa inocência: infelicidade. Não, pelo contrário, trata-se de fugir ao julgamento, de evitar ser continuamente julgado, sem que jamais a sentença seja pronunciada.*

Inaugurar o julgamento equivale, pois, a anular todo juízo de valor que possa induzir a culpa, precariamente. Elidir a censura prévia é o passo necessário para se garantir que o saber enunciado na sentença seja construído na formalidade imposta pelo sistema de justiça.

4. O ENFRENTAMENTO DOS JUÍZOS INCRIMINATÓRIOS ALTERNATIVOS

Ao final da investigação preparatória, podem subsistir evidências que justificam o enfrentamento do caso penal. Compete ao processo, no entanto, restabelecer o marco epistêmico zero[17] e declarar a invalidade desses indícios, que tem por missão submeter a hipótese a julgamento sem promover juízos permanentes de culpa.

---

[16] CAMUS, Alberto. *A queda*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007. *E-book*, p. 656.

[17] BARROS, Vinicius Diniz Monteiro de. *O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência:* uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2016. (Tese de Doutorado).

Esse limite se faz necessário para vincular a sentença aos argumentos e provas desenvolvidos no processo. Torna-se importante impedir que elementos indiciários sejam indevidamente apropriados, assim como proibir que o imputado seja prejudicado por qualquer valoração negativa estranha ou extemporânea ao julgamento oficial.

O marco epistêmico zero instituído pelo processo compreende uma importante conquista, especialmente quando se propõe a construir o enunciado jurídico testando a falibilidade dos referentes discursivos e cognitivos introduzidos no julgamento.

Como não é possível verificar a falibilidade de argumentos e elementos de persuasão que não passam pelo filtro cognoscente da processualidade, o Direito caminha para uma encruzilhada.

Será preciso escolher entre a inocência e a condescendência com os fatores externos que induzem censura. Ninguém será considerado inocente se for obrigado a conviver com os juízos incriminatórios alternativos. Ser inocente é chegar à sentença, sem ter sido continuamente julgado.

Podemos classificar os fatores que induzem reprovação em duas categorias: as manifestações públicas sobre o evento e a pessoa do imputado e as práticas que conferem, ao imputado, tratamento estigmatizante de condenado.

Declarações públicas remissivas à culpa do imputado podem despontar de forma precária, diante dos primeiros indícios, quando ainda não há acusação formalizada, nem manifestação defensiva; ou podem surgir em qualquer fase do procedimento, sempre concorrendo com a institucionalidade do processo. Não raro, um sujeito que participa da investigação, promove a acusação ou exerce a função judicante abandona as balizas institucionais e passa emitir referências desabonadoras sobre o fato ou autor, confundindo informação com juízo de valor.

Essas valorações negativas costumam repercutir na imprensa, gerando um julgamento interminável, que passa a ser mediado pela opinião pública, sem vínculo com a acusação, sem compromisso com o direito de defesa e sem preocupação com a prova[18]. O olhar crítico sobre as manifestações públicas nos permite enxergar por que "no final de toda liberdade, há uma sentença". A censura reiterada é que nos impede ser verdadeiramente livres.

---

[18] GARAPON, Antoine, GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 76.

Diversas são as práticas que conferem, ao imputado, tratamento incessante de condenado: armazenamento e valoração de antecedentes criminais que não resultaram em processo, uso excessivo de algemas, espetacularização das operações policiais, apresentação de suspeitos à imprensa, vazamento de informações para a mídia, identificação policial, divulgação pela imprensa da fotografia do procedimento de identificação policial, utilização de uniformes prisionais em audiência, absolvição fundamentada na insuficiência de provas para a condenação, execução provisória da pena, análise de prescrição prevalecendo sobre análise de absolvição, nova valoração de um fato que já foi julgado (reincidência).

Essas práticas desafiam, despudoradamente, nosso senso de civilidade, demonstrando o quanto a inocência é frágil. Um único ato estigmatizante faz despertar a aquela sensação de estar sendo "continuamente julgado, sem que jamais a sentença seja pronunciada"[19].

Retornemos, então, ao nosso problema: por que o nosso sistema de justiça não conseguiu eliminar os juízos paralelos de censura que concorrem com o julgamento oficial?

Provavelmente, porque todo sistema de justiça é conduzido por pessoas. Muitas delas são guiadas, inconscientemente, pelos mesmos impulsos proibidos que se manifestam nos infratores. Ao antecipar o juízo de censura, elas celebram a expiação da culpa. A ânsia pelo castigo encobre fantasias ocultas. Fantasias que se realizam, obviamente, sem o sentimento de culpa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado organizou o sistema de justiça para promover o enfrentamento do caso penal e dar respostas à sociedade diante da ocorrência de um provável ilícito. Para tanto, concebeu o processo como ambiente que testa a falibilidade dos elementos cognitivos introduzidos pelas partes.

O processo funda o julgamento, estabelecendo o marco zero a partir do qual se torna válida a aquisição de conhecimento jurídico. Argumentos e evidências não submetidos ao filtro da processualidade induzem a juízos de censura, que se antecipam ao julgamento e provocam, no imputado, a sensação de estar sendo reprovado sucessivamente sem nunca ser efetivamente julgado.

---

[19] CAMUS, Alberto. *A queda*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007. *E-book*, p. 656.

Como o sistema de justiça é administrado por seres humanos, a explicação para a manifestação dos juízos incriminatórios alternativos pode estar nos impulsos proibidos, que se fazem igualmente presentes nos infratores e nas pessoas que clamam permanentemente pela punição. Compreender a ilusão do castigo torna-se condição necessária para se garantir a exclusividade do julgamento conforme a lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Vinicius Diniz Monteiro de. *O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência*: uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2016. (Tese de Doutorado).

BELO, Fábio. Do desejo de vingança à capacidade de perdoar: julgamento e psicanálise. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord). *Direito e Psicanálise*: interseções a partir do julgamento em Grande Sertão Veredas, de João Guimarães Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CAMUS, Alberto. *A queda*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007. *E-book*.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria institucionalista do processo*: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. *In*: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS, Mauricio Zanoide de. *A presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboraão legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PHILIPPI, Jeanini Nicolazzi. A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

O STF E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Leonardo Isaac Yarochewsky[1]

1. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República proclama que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII da CR)[2]. Consagrando assim, o princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência remonta ao direito romano. Na Idade Média o referido princípio foi afrontado em razão, principalmente, dos procedimentos inquisitoriais que vigoravam na época, chegando mesmo a ser invertido já que a dúvida poderia levar a condenação. Contudo, o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 refletindo uma nova concepção do direito processual penal. Uma reação dos pensadores iluministas ao sistema persecutório que marcava o antigo regime, no qual a confissão – "rainha das provas" – era obtida por meio da tortura, de tormentos e da prisão.

Segundo Luigi Ferrajoli o princípio da presunção de inocência é correlato do princípio da jurisdicionalidade (jurisdição necessária). Para Ferrajoli**:**

> se é atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena.

---

1 Advogado, Mestre e Doutor em Ciências Penais (UFMG).

2 Segundo Gustavo Badaró, "Certamente, a fonte inspiradora tal dispositivo foi a Constituição italiana de 1948: *L'imputato non* è *considerato colpevole sina Allá condanna definitiva*". BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

Mais adiante o jurista italiano assevera que o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade "fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado".[3] Na Itália informa, ainda, Ferrajoli, com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou em profunda crise. Os freios contra os abusos da prisão preventiva deixaram de existir em nome da "segurança processual" e da "defesa social", sendo considerada a mesma indispensável sempre que o crime tenha suscitado "clamor público".[4]

Em tese de doutoramento, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que:

> À luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do periculum libertatis.[5]

No Estado de direito é inadmissível, intolerável e inaceitável flexibilizar direitos e garantias individuais em nome do combate deste ou daquele delito. A investigação, a acusação e o julgamento devem ser orientados pelos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, do juiz imparcial, da proibição de prova ilícita, da proporcionalidade, etc.

2. DA DECISÃO DO STF QUE HONRA O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Habeas Corpus nº 84.078: (05 de fevereiro de 2009)

No ano de 2009**,** o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, reconheceu que o princípio da presunção de inocência se aplicava até que houvesse uma condenação definitiva, transitada em julgada. A referida decisão impedia, assim, a chamada execução provisória da pena, enquanto houvesse recurso pendente.

---

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[5] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

> EMENTA: *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 à 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 delinquente'. 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... (HC 84.078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.)

Em seu voto, o ministro (Relator) Eros Grau, destaca que "a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar". Lembro, a propósito, o que afirma Rogério Lauria Tucci, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta

assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva."

A ampla defesa, prossegue o ministro Eros Grau,

> não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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.

3. DA DECISÃO DO STF QUE AFRONTOU O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Habeas Corpus nº 126.292: (17 de fevereiro de 2016)

Em 17 de fevereiro de 2016 o Plenário do STF, por 7 votos a 4, em julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, revendo a posição anterior, considerou que é possível a execução da pena depois de condenação confirmada em segunda instância.

> Ementa: 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. (HC 126.292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016)
>
> EXTRATO DE ATA
>
> *HABEAS CORPUS* 126.292 PROCED.: SÃO PAULO RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI PACTE.(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE.(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Decisão: A Turma, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do Ministro Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 15/12/2015. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski

> (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17/02/2016.
>
> Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

Em seu voto, o ministro (Relator) Teori Zavascki afirmou que

> 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.

Em sentido oposto ao voto do ministro relator e daqueles que acompanharam o voto vencedor, o decano do STF, ministro Celso De Mello, em seu voto vencido, salientou que

> a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Mais adiante, o ministro Celso de Mello acentua que

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

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, a decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, afrontou o texto Constitucional (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais – que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2) – a própria legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05 de fevereiro de 2009).[6]

4. DO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 152.752

No julgamento do *Habeas Corpus* 152.752 (Luiz Inácio Lula da Silva x STJ) pelo STF (Supremo Tribunal Federal) no último dia 4 de abril, em que foi denegada a Ordem por 6 x 5 votos, ficou decidido, para além da liberdade do ex-presidente Lula, que o princípio constitucional da presunção de inocência não impede a chamada execução provisória (antecipada) da pena.

Os defensores da tese vencedora que acompanharam o relator, ministro Edson Fachin, sustentaram que embora a Constituição da República (CR) proclame que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, da CR), isso não evita, segundo a tese vencedora, que o condenado em segunda instância passe a cumprir – antecipadamente – a pena.

O mais surpreendente do julgamento não foi propriamente o resultado, mas, os argumentos utilizados por alguns ministros da Suprema Corte que denegaram a Ordem, entre os quais destacam-se, os seguintes:

4.1 Impunidades

O discurso oco da impunidade tem sido utilizado tanto por membros do Ministério Público quanto por magistrados e, agora, também, por ministros do STF. Necessário lembrar que o Brasil tem mais de 700 mil presos – terceira maior população carcerária do planeta – dos quais, cerca de 40% são de presos provisórios, ou seja, que ainda não foram condenados por uma sentença definitiva.

---

[6] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/>.

É preciso deixar claro – em razão de honestidade intelectual – que apesar da Constituição da República consagrar o princípio da presunção de inocência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê modalidades de prisão provisória (anterior a condenação definitiva), entre as quais destaca-se a prisão preventiva. A prisão preventiva pode ser decretada – apenas em caráter excepcional e quando não houver outra medida cautelar menos gravosa – como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312 do CPP).

Advém que, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, a prisão preventiva como qualquer outra medida cautelar pessoal não pode e não deve ter um caráter de satisfatividade, não pode, em nenhuma hipótese, se transformar em antecipação da tutela penal ou execução provisória da pena.

No que se refere ao usual e já banalizado discurso da impunidade, para justificar o avanço do Estado penal através de medidas draconianas, Ricardo Genelhú observa que:

> o 'discurso da impunidade', com seu ensaio neurótico promovido por pessoas com onipotência de pensamento, tem poderosamente servido muito mais para 'justificar', 'ratificar' ou 'manter' a exclusão dos 'invisíveis sociais', tragicamente culpados e, por isso, incluídos por aproximação com os 'inimigos' (parecença), do que para demonstrar a falibilidade seletiva e estrutural do sistema penal antes e depois que um 'crime' é praticado, ou enquanto se mantiver uma reserva delacional publicizante, seja porque inafetadora do cotidiano privado, seja porque indespertadora da cobiça midiática.[7]

Lamentavelmente, enquanto a grande mídia – com a construção do discurso do medo e da impunidade – faz duríssimas e inverídicas críticas aos juízes garantistas que nada mais fazem do que julgarem de acordo com a Constituição da República e em estrita obediência ao devido processo legal; lado outro, os meios de comunicação de massa exaltam aqueles magistrados que, em nome do "populismo penal" e do "midiático discurso da impunidade", fazem do autoritarismo e do arbítrio suas profissões de fé, não se envergonhando de atropelarem os direitos e garantias proclamados na Constituição.

---

[7] GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização*: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

4.2 Sentimento do povo

Causa espécie que conceitos vagos, abstratos, autoritários e perigosos, que convém a qualquer senhor, tais como: 'sentimento social' e 'sentimento do povo' - sirvam de arrimo para rejeitar um princípio constitucional que decorre de garantia e direito fundamental.

Referindo-se a "justiça penal nazista" e lembrando que em 1938, Adolf Hitler foi escolhido o "homem do ano" pela revista Time, Rubens Casara observa que

> o medo de juízes de desagradar a 'opinião pública' e cair em desgraça – acusados de serem coniventes com a criminalidade e a corrupção – ou de se tornar vítima direta da polícia política nazista (não faltam notícias de gravações clandestinas promovidas contra figuras do próprio governo e do Poder Judiciário) é um fator que não pode ser desprezado as se analisar as violações aos direitos e garantias individuais homologadas pelos tribunais nazistas.[8]

Desgraçadamente, alguns julgadores se deixam levar pela opinião pública, digo, opinião publicada – a prima-irmã do "sentimento social". Não resta dúvida que boa parte de magistrados são influenciados pela "opinião púbica", notadamente quando se trata de crime em que há uma repercussão midiática. Salienta-se que, na maioria das vezes, a pressão da mídia e da "opinião pública" se faz por condenação e por penas elevadas. Quando a sociedade vai as ruas clamar por "justiça", está na verdade bradando por "prisão".

Não é demais martelar que decisões tomadas em sintonia com o "sentimento social", "sentimento do povo" ou com as "vozes das ruas" é um caminho sem volta para Estados autoritários e fascistas.

4.3 COLEGIALIDADE

Lenio Streck, ao analisar a decisão do STF, com toda propriedade afirma:

> Mesmo que seja revertida a decisão, o estrago está feito. O julgamento representa o triunfo da moral sobre o direito. O triunfo do voluntarismo judicial. A derrota do direito legislado. O julgamento também representa a derrota dos conceitos jurídicos. A doutrina foi trucidada por argumentos de autoridade. Alguns ministros ao mesmo tempo reverenciaram textos

[8] CASARA, Rubens. "Vamos comemora um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?" *In: Brasil em fúria*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

> legais e, minutos depois, resgaram outros textos. Parece que o direito brasileiro só quer falar inglês[9].

Contestando a tese da "colegialidade", Lenio é categórico:

> Ora, que história é essa de colegialidade? Isso não é princípio. Pela tese da colegialidade, o STF nunca poderá alterar sua posição. Ora, na Inglaterra, em 1966, Lord Devlin já alertara para isso. E a corte inglesa mudou sua posição. Por aqui tudo que é ‹common law' vira chique. 'Cool'. Hoje é o primeiro dia do resto de nossas vidas no direito que foi superado pela opinião pessoal de alguns ministros do STF. Levaremos anos para juntar os cacos. Foi um tsunami jurídico.[10]

Não resta dúvida que no julgamento do citado *Habeas Corpus*, os ministros e as ministras, discutindo a tese de fundo, qual seja, da possibilidade ou não de se admitir em face do princípio constitucional da presunção de inocência a execução provisória (antecipada) da pena em razão de decisão condenatória em segunda instância.

Conforme visto, a matéria já havia sido objeto de deliberação da Corte em 2009 e, posteriormente, em 2016. Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o HC 126.292, que discute a legitimidade de ato do TJ/SP que, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o início da execução da pena. O plenário por sete votos a quatro mudou a jurisprudência da Corte, decidindo que é possível a execução da pena depois de condenação confirmada em segunda instância.

A citada decisão, tomada pelo STF em 2016, demonstra que o plenário da Corte pode e deve alterar sua posição se assim entenderem os ministros e ministras. Nesse caso, cada ministro(a) do STF deve votar de acordo com seu entendimento e suas convicções, sempre tendo a Constituição como norte. A prevalecer a tese da colegialidade, em razão de decisão anterior, o STF jamais poderia mudar de posição. Neste sentido, como bem observou o processualista Gustavo Badaró, "se tem um lugar onde todo ministro não só pode como deve, independente da natureza da peça, dar sua opinião, e é assim que se forma a maioria no STF, é no Plenário...".[11]

---

[9] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada? >.

[10] Idem, ibidem.

[11] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada?>.

O pior, ainda, é ver a tese da colegialidade prevalecer sobre o princípio constitucional da presunção de inocência que decorre de direito e garantia fundamental.

CONCLUSÃO

Vale aqui breve citação ao extraordinário voto do eminente ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº 152.752, que acompanhando a minoria vencida, enfatizou que:

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

Mais adiante, o decano do STF observa que:

> Acho importante referir, de outro lado, por necessário, que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. Enfatizo, ainda, que o '*status poenalis*' não pode sofrer – antes de sobrevir o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições lesivas à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença penal condenatória transitada em julgado.

Apesar dos excelentes votos que concederam a Ordem, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal, por diferença de um único voto, acabou transformando o princípio da presunção de inocência em uma miragem. A utilização do direito alienígena para afastar um princípio consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, demonstra que o complexo de "vira-lata" está presente, até mesmo, entre ministros da mais alta Corte.

"Impunidade", "sentimento social" e "colegialidade" são argumentos demasiadamente frívolos para se opor ao princípio de que ninguém, absolutamente ninguém, poderá ser considerado culpado até julgamento definitivo.

O emprego de "estatísticas" que não demonstram totalmente a realidade, tão somente parte dela, revelam, também, o descaso com a grande maioria encarcerada vítima do sistema penal seletivo e estigmatizante.

Assim sendo, resta esperar que em algum momento o STF julgue as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 – que já deveriam ter sido pautadas – para que finalmente se restabeleça o Estado Constitucional, com a proclamação em definitivo do princípio da presunção de inocência conforme previsto na Constituição da República.

Por fim, não é demais martelar que quando defendemos a efetivação do princípio da presunção de inocência, não o fazemos em nome deste ou daquele, desta ou daquela pessoa, mas em nome de todos e, especialmente, em nome da Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/>.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

CASARA, Rubens. "Vamos comemora um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?" In: *Brasil em fúria*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada?>.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização*: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

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

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO PRINCÍPIO ESTRUTURADOR DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Lorena Souto Tolentino

1. INTRODUÇÃO

Com o fim das duas Grandes Guerras mundiais e a constatação do cenário de hipertrofia estatal, opressão dos cidadãos e desprezo pela vida humana, a comunidade internacional atentou-se ao fato de que o tratamento dos indivíduos não deveria ser deixado exclusivamente a cargo dos Estados. Esse pensamento culminou no processo de constitucionalização que se desenvolveu no século XX, no qual direitos e garantias fundamentais, já consagrados em diversos pactos internacionais, foram formalizados enquanto núcleo central dos Estados de Direito.

Nesse contexto, em 1988, foi promulgada no Brasil a nova Constituição da República, que aqui instituiu o Estado Democrático de Direito, cuja ideologia norteadora se volta para a defesa da liberdade individual, promoção da dignidade humana e da estrutura democrática de poder. Na nova ordem constitucional, o julgamento de uma pessoa, por meio do qual essa pode, inclusive, perder sua liberdade, é regulado por um processo formado por normas e princípios historicamente conformados, o qual tem como finalidade precípua proteger os cidadãos de possíveis arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Poder Público, a quem a sociedade confere o *ius puniendi*.

Não obstante a importância que os parâmetros constitucionais exercem para a construção de um provimento jurisdicional justo e democrático, a prática forense criminal no Brasil continua pautando-se em uma compreensão perpetuada pela concepção autoritária instaurada pelo Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor no país. A propósito, vale ressaltar que, quando de

sua promulgação, aludido diploma legal sofreu forte influência do projeto de Código fascista de Benito Mussolini e, não obstante tenha sido alvo de algumas reformas, ainda prioriza diversas ações repressivas, embasadas na primazia do interesse público sobre o interesse individual, o que, inclusive, em algumas situações, serve de justificativa à mitigação da tutela dos direitos fundamentais.

Reforça-se, assim, a necessidade de um estudo do processo penal que se paute, antes de qualquer coisa, nas balizas constitucionais, as quais convergem para a proteção individual perante a supremacia estatal. Nesse panorama, cumpre especial relevo o princípio da presunção de inocência que, na Constituição de 1988, fora positivado pela primeira vez no ordenamento pátrio, conferindo, pois, um novo formato à persecução penal brasileira.

Compreender a real importância desse instituto para o processo penal, porém, exige que se compreenda primeiro o processo penal enquanto instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988. O estudo da presunção de inocência deve partir, assim, da noção de que no processo penal constitucionalmente conformado as partes e sobretudo o próprio Estado devem se submeter a limites legalmente instituídos, os quais visam assegurar a todos os cidadãos o pleno exercício de sua dignidade enquanto pessoa humana.

Em um segundo momento, já partindo-se da premissa da necessidade de estudo do processo penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito, são delineados os contornos do princípio da presunção de inocência, o qual garante a todos os cidadãos o tratamento enquanto inocentes enquanto não houver em seu desfavor condenação com trânsito em julgado. É de se destacar a incompatibilidade que referido princípio apresenta com diversos dispositivos legais do Código de Processo Penal de 1941, de inspiração autoritária, os quais permanecem em vigor com chancela do Poder Judiciário, inclusive da corte nacional à qual incumbe o controle de constitucionalidade.

Diante dos apontamentos traçados, pretende-se por fim caracterizar o princípio da presunção de inocência enquanto parâmetro norteador de realização do projeto de processo penal implementado pela Constituição da República de 1988, sobretudo por representar de forma expressa a escolha jus-política do legislador constituinte por um processo penal garantidor da dignidade da pessoa humana.

2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO MUNDO E NO BRASIL

Em meados do século XX, o sofrimento gerado pelas grandes Guerras Mundiais, a indignação com velhas práticas de abuso e a perplexidade gerada pela criação de outras até então inimagináveis atentaram a comunidade internacional para o fato de que a regulação dos direitos e garantias individuais não poderia ser deixada a cargo exclusivamente dos Estados Nacionais. Nesse panorama, passaram a ser dimensionados os direitos mais essenciais do ser humano no processo de evolução em busca de sua plenitude para uma convivência pacífica, denominados "direitos humanos" (MORAES, 2010, p. 175).

Seguindo esse anseio de delimitar as práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais tendentes a evitar a objetificação dos seres humanos, em 1945, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) implementou um sistema internacional de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais (GIACOMOLLI, 2013, p. 03) voltado à busca da plenitude humana em paz (MORAES, 2010, p. 177). Todavia, aludido documento, embora seja apontado como o primeiro a fomentar a internacionalização e proteção dos direitos fundamentais, não cuidou de defini-los.

Coube, em verdade, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Paris, no ano de 1948, a tarefa de elencar os direitos e liberdades fundamentais, definindo uma base universal de respeito e proteção, um paradigma ético e humanitário, também aplicável ao processo penal, com regras internacionais de *jus cogens* (GIACOMOLLI, 2013, p. 04). Posteriormente, visando a efetivação dos princípios constantes da Declaração, foram firmados diversos tratados internacionais, entre os quais se pode citar o Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 (STEINER, 2000, p. 37)[1].

No âmbito regional, em 1969, na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que incorporou disposições expressas nos tratados a ela anteriores, bem ainda trouxe importantes inovações no que diz respeito à proteção das liberdades individuais. Em diversos artigos, a Convenção explicita garantias e direitos da pessoa em face dos mecanismos de

[1] O Brasil aderiu a ambos os tratados, que foram promulgados pelos Decretos nº 591 e 592, ambos de 1992.

controle social e repressão do Estado (STEINER, 2000, p. 52), notadamente no campo do processo penal.

Por sua vez, no cenário jurídico nacional, toda essa preocupação com a implementação de um sistema promovedor dos direitos e garantias fundamentais consubstanciou-se com a promulgação da Constituição da República de 1988, que elencou um rol de direitos fundamentais destinados a salvaguardar as liberdades individuais dos arbítrios do poder do Estado, que se constituiu Democrático de Direito (SILVA, 2010, p. 184-185).

A propósito, o Título I da Constituição de 1988, denominado "Princípios Fundamentais", é composto por quatro artigos que delimitam o conteúdo, a finalidade e as diretrizes que o legislador não pode relegar, sob pena de descumprimento da ordem constitucional (MORAES, 2010, p. 192). Já em seu artigo 1º, a Constituição afirma a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, fundado em valores como o da soberania, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, que visa a persecução de objetivos fundamentais, entre os quais se pode citar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem discriminação (artigo 3º).

Por sua vez, no Título II, o legislador constituinte elencou diversos direitos e garantias constitucionais, muitos dos quais já haviam sido incorporados por tratados internacionais. Não bastasse, no § 2º do art. 5º, o legislador ainda determinou que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ademais, no § 3º do mesmo dispositivo, estabeleceu-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Nesse contexto, de uma mera leitura dos dispositivos constitucionais supramencionados, nota-se que, no Brasil, assim como em todo Estado Democrático de Direito, a Constituição cumpre o papel de legitimar o Estado e o próprio Direito, visando potencializar a todo o cidadão o exercício pleno de sua dignidade enquanto pessoa humana por meio da efetivação dos direitos fundamentais, que vinculam as entidades públicas e privadas, o legislador, a administração e o poder judicial. A esse último, em particular, incumbe a clássica tarefa de defesa desses direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão (CANOTILHO, 2010, p. 438-446).

> Os tribunais, porém, não estão apenas ao serviço da defesa de direitos fundamentais; eles próprios, como órgão do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efetiva-se ou concretiza-se: (1) através do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais (CANOTILHO, 2010, p. 446).

Nessa perspectiva, torna-se premente a necessidade de se desenvolver o estudo do Direito Processual enquanto pesquisa dogmática elaborada a partir do referencial constitucional (MARQUES, 2009, p. 143). Assim, sob o marco do constitucionalismo democrático, deve o processo penal, especificamente, "realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado" (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 37). No mesmo sentido, assegura Klaus Tiedemann (ROXIN *et al*, 2007, p. 152) que, no Estado de Direito, o direito processual penal "somente pode proceder contra os acusados com dignidade humana, ou seja, preservando seus direitos fundamentais e respeitando sua personalidade".

Todavia, pensar o processo segundo os dogmas constitucionais e a partir da perspectiva de promoção da dignidade humana não se reduz à ideia de consubstanciar um modelo preordenante, no qual os direitos fundamentais casualmente constituem o centro do ordenamento, mas, antes, evidencia a necessidade de se compreender histórica e ideologicamente a superação dos paradigmas instituídos no Estado Liberal e no Estado do Bem-Estar Social (MARQUES, 2009, p. 142).

Ademais, na árdua tarefa de compreender o sistema de garantias processuais instituído com a promulgação da Constituição da República de 1988, impõe-se, ainda, a compreensão de que a concepção de democracia requer a implementação de um novo modelo que consagre as diferenças étnicas, religiosas, morais, sexuais e culturais, fundamentando a nova ordem na dignidade humana. Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, os direitos humanos ocuparão a centralidade do ordenamento não apenas para limitar o poder estatal ou refletir o consenso ético dos cidadãos na busca do bem comum, mas, essencialmente, para explicar que todos os projetos de vida são igualmente válidos quando giram na órbita da dignidade humana (MARQUES, 2009, p. 144).

No plano endoprocessual, segundo leciona Felipe Martins Pinto (2012, p. 150), o marco do constitucionalismo democrático impõe ao poder público a obrigação de franquear a participação processual daqueles que sofrerão a consequência do ato oficial na fase de instrução do provimento, com igualdades de oportunidades entre si. Dessa forma, o *jus puniendi* somente protegerá a sociedade se, no desenvolvimento processual, forem respeitados os direitos e garantias individuais em prol da plenitude da dignidade humana.

> Assim, no processo penal estabelece-se um debate plural com a participação da sociedade, do acusado e da vítima e a partir dos elementos fornecidos pelas partes, forma-se um conjunto ao qual estará adstrito o juiz para decidir conforme sua subjetividade e pessoalidade, mas limitado pelos elementos fornecidos pelas partes e pela legalidade estrita. (PINTO, 2012, p. 153)

Demais disso, também por meio de uma perspectiva sistêmica, nota-se que, ao definir a República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, o legislador fez uma opção político-ideológica por um modelo de processo penal respeitador da dignidade da pessoa humana, idealizado dentro do sistema acusatório e segundo feixe de garantias integrantes de um "devido processo penal", o qual deve ser justo e humanitário, antes de ser repressivo e autoritário. (MORAES, 2010, p. 357)

Para efetivação desse modelo constitucional de processo penal, as partes também devem se submeter a limites legalmente estabelecidos. Nesse panorama, cumpre especial relevo o princípio da presunção de inocência, o qual, desde o período iluminista, é aquele que melhor caracteriza uma persecução penal protetora da dignidade da pessoa humana, razão pela qual ele é o objeto de análise do presente trabalho. Antes de analisa-lo, porém, necessário tecer algumas considerações mais aprofundadas sobre o modelo de processo penal imposto pela Constituição.

3. PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já ressaltado, após o fim da ditadura, foi instituído no Brasil o Estado Democrático de Direito, consubstanciado por meio da Constituição da República de 1988[2], cuja ideologia norteadora converge para a defesa da

[2] Disciplina o art. 1º da CRFB/88 que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito".

liberdade individual, promoção da dignidade humana e da estrutura democrática de poder. A adoção de um novo modelo estatal acarretou consequências diretas para o exercício do Poder Jurisdicional, notadamente na esfera criminal. Por meio de uma epistemologia garantista, a nova ordem constitucional estabeleceu os signos por meio dos quais deve ser construída a verdade no processo, preconizando-se a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites precisos para a intervenção nos direitos individuais. (PINTO, 2012, p. 135)

No Estado de Direito, as posições subjetivas dos indivíduos decorrem privativamente das previsões normativas, não da vontade dos sujeitos. Aquelas, ao contrário dessa, caracterizam-se por ser gerais e abstratas, subsistindo no ordenamento mesmo após sua aplicação ao caso concreto (PINTO, 2012, p. 136). Dessa forma, a organização do Estado com base em regras de direito estabelece uma estrutura que confere segurança e previsibilidade diante das possíveis escolhas em uma situação concreta.

Ademais, para além da tutela individual, a concepção do Estado de Direito impõe o exercício do Poder estatal *per lege* e *sub lege*. A primeira figura determina que as condições para a prática dos atos de Poder devem ser reguladas de forma geral, abstrata e preestabelecida, de maneira tal que a atuação estatal somente será válida quando observadas as formalidades legais. Complementando esse conceito, o exercício de Poder *sub lege* estabelece a subordinação dos agentes públicos a normas superiores, que limitam a atuação estatal, vinculando formas, procedimentos e o conteúdo do que é passível ou não de disposição. (PINTO, 2012, p. 137)

Assim, o poder público encontra-se limitado pelo direito, sendo coibidas possíveis arbitrariedades por meio de um tratamento geral e abstrato, que garante a posição de igualdade de todos perante o Estado e a segurança jurídica quando de sua atuação. Dessa forma, um dos principais anseios do Estado de Direito é criação de limites à atuação estatal visando a defesa dos indivíduos e garantia dos direitos fundamentais, os quais, notadamente quanto ao exercício do *jus puniendi*, têm especial relevo na construção de uma estrutura garantista e democrática para o exercício jurisdicional. Sobre o tema, salienta o Prof. Dr. Felipe Martins Pinto:

> O *jus puniendi*, instrumento de proteção dos principais valores individuais e coletivos, somente cumprirá sua relevante tarefa caso esteja vinculado ao arcabouço normativo estatal, inclusive e especialmente aos direitos e garantias individuais, sob pena do direito de punir infligir perseguições

> e opressões, camuflado sob o nobre manto de tutela dos bens jurídicos. (PINTO, 2012, p. 75)

Doutro giro, a concepção de Estado Democrático impõe a conceituação ampla da democracia, não apenas relegada à simples legitimidade formal do governo, tampouco à participação do povo limitada ao voto (PINTO, 2012, p. 143). O ideal democrático deve estar presente em todos os atos dos Poderes do Estado, cumprindo à Administração Pública possibilitar a participação daqueles que sofrerão as consequências de cada um dos seus atos. (PINTO, 2012, p. 146)No âmbito processual, a democracia é representada pela construção do conjunto instrutório por aqueles que potencialmente serão afetados pelo provimento jurisdicional. Na condição de titulares dos direitos que serão afetados pelo ato jurisdicional, as partes devem participar da fase de preparação do provimento "na simétrica paridade de suas posições" com igualdade de oportunidades entre si. (PINTO, 2012, p. 62-63)

Dessa forma, concebendo-se o processo enquanto o principal instrumento do direito para que o Estado sancione os direitos das pessoas, resta claro que, sempre que o ato de Poder colocar em risco seus interesses, o indivíduo deverá ter a oportunidade de participar da sua construção, o que se dará justamente por meio do processo, tomado, então, enquanto espécie do gênero procedimento realizado em contraditório. (PINTO, 2012, p. 147)

Conjugando os conceitos supramencionados de Estado Democrático e de Direito, denota-se que, sob o marco do constitucionalismo, as normas processuais penais, especialmente os direitos fundamentais que limitam o conteúdo material da democracia, são os instrumentos que asseguram a construção da verdade processual. Por essa razão, no Estado Democrático de Direito as decisões devem resultar do máximo debate público, sendo imprescindível a argumentação de todos os interessados, sobretudo porque essa constitui a forma de legitimação do poder e preservação do pluralismo. (MARQUES, 2009, p. 145)

A propósito, é importante destacar que a violação dos direitos e garantias fundamentais, tipificados como princípios da Constituição da República de 1988, fragiliza a própria estrutura do Estado na forma como foi instituído, constituindo-se essa a mais grave forma de ilegalidade.

> Nunca é demais repisar, sempre com mais energia, a necessidade de preservação da estrutura principiológica fundamental sobre a qual se alicerça o modelo de Estado brasileiro, no qual a tutela da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana são objetivos de primeira ordem. (PINTO, 2012, p. 76)

Nesse contexto, "constitui tarefa premente a infusão no processo penal das normas constitucionais como condição indeclinável para sua legitimidade e adequação com a natureza democrática do Estado" (PINTO, 2012, p. 59). Isso significa raciocinar a persecução penal enquanto instrumento de efetivação dos propósitos fundamentais que servem de alicerce ao Estado Democrático e de Direito instituído na Constituição da República de 1988, entre os quais pode-se citar a promoção da dignidade da pessoa humana.

Todavia, é certo que, com a constitucionalização dos direitos humanos, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica, valorativa, dos sujeitos do processo, voltada ao plano internacional dos direitos humanos. Lado outro, no âmbito interno, com a constituição de um Estado Democrático de Direito cujo pilar é justamente a promoção da dignidade da pessoa humana também se impõe a necessidade de uma mudança de paradigmas. Notadamente no processo penal, o imputado não pode mais ser visto como ser instrumentalizado, objeto de direito, mas como um sujeito do processo. (GIACOMOLLI, 2013, p. 13)

> Parte-se da necessidade de rompimentos, concessões e cortes importantes, nos planos das situações objetivas concretizadas e dos sujeitos encarregados de limitar a intervenção punitiva e de garantir a aplicação do devido processo constitucional e humanitário. O talhamento também passa pela revolução hermenêutica, pela ruína dos pilares que sustentam uma ordem legal autoritária, anacrônica degenerativa, punitivista e incrementadora da violência estatal. Reclama-se uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometida, como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano, inclusive do excluído pela sociedade de bem-estar, o maior excluído do sistema criminal através do processo penal. Clama-se a superação dos déficits de compreensão (dogmáticos, jurídicos, de validade e de eficácia dos direitos fundamentais), com a transgressão da mera compreensão descritiva ao plano da realidade fenomenológica. (GIACOMOLLI, 2013, p. 13)

Não mais se sustenta o discurso de legitimidade de institutos processuais pela simples previsão legal no Código de Processo Penal sem qualquer questionamento constitucional. A complexidade atual exige a superação de "verdades". Partindo-se da concepção de que o processo penal é um termômetro da garantia da aplicação das normas constitucionais é que devem ser superados paradigmas como o da potestade legal e jurisdicional, do julgador representante da ordem ordinária, da simbiose e do "jurista" compilador de doutrina e jurisprudência. (GIACOMOLLI, 2013, p. 14)

A propósito, conforme assevera Canotilho (2010, p. 1.261), "um dos pontos mais complexos da dogmática jurídica dos direitos fundamentais prende-se com o problema das relações entre as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais e as normas legais que, a vários títulos, com ela se relacionam". Nessa perspectiva, diante do contexto atual de instrumentalidade garantista exercida pelo processo penal, impõe-se a análise e interpretação crítica dos dispositivos supramencionados e de outros que também regem a questão relativa ao ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio, bem ainda o questionamento de como esses vêm sendo e devem ser aplicados na prática forense de forma a adequar-se aos ideais legitimadores do Estado Democrático de Direito.

Somente consciente dessas condições é possível delimitar um sistema processual penal inserido no contexto do constitucionalismo democrático e da humanização da prática jurisdicional, no interesse da promoção da plenitude da dignidade humana e do bem-estar de todos. Para tanto, como já ressaltado, o princípio da presunção de inocência possui especial relevância, pois é ele, juntamente com o princípio do devido processo legal, o grande marco do processo penal voltado à defesa das liberdades individuais frente à supremacia do Estado.

4. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Embora desde o Império Romano diversas disposições legais façam referência a alguns de seus aspectos, o princípio da presunção de inocência somente ganhou corpo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sobretudo em razão das críticas dos iluministas à estrutura inquisitorial do processo penal. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948 pelas Nações Unidas, acolheu o aludido princípio. (GIACOMOLLI, 2013, p. 90). Da mesma forma, a declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem também assegura uma série de garantias processuais, dentre as quais o estado de inocência. Aludida carta foi depositada no Brasil em 1992, tendo sua promulgação ocorrido por meio do Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. (GIACOMOLLI, 2013, p. 91)Acompanhando esse movimento internacional, diversos países passaram a incorporar o princípio da presunção de inocência em suas Cartas Constitucionais. Foi o caso da Constituição Espanhola de 1978, da Constituição Francesa de 1958,

da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Espanhola de 1947. (GIACOMOLLI, 2013, p. 91)

No Brasil, o princípio do Estado de Inocência somente foi expressamente incorporado à Constituição de 1988, não obstante nas legislações anteriores fosse mencionada a possibilidade de se estender o rol de direitos e garantias fundamentais nelas contidos. Atualmente, encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da CRFB/88, o qual determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Traçada essa breve perspectiva histórica, necessário delinear os contornos desse princípio. Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 354), em detalhado estudo acerca da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro, esclarece que, ao consagrá-la em nível constitucional, o legislador realizou uma evidente escolha juspolítica, explicitando que a *persecutio criminis* deve ter um cunho garantidor e igualitário ao imputado, não mais se admitindo o processo penal calcado em um sistema autoritário e desigual, típico de regimes despóticos.

Aliás, importante frisar que essa escolha político-ideológica não se limitou a garantir ao cidadão o direito à presunção de inocência apenas a partir do início da persecução penal (MORAES, 2010, p. 356). Segundo a Constituição, o ser humano nasce, em essência, inocente e assim permanece até que o Estado afaste esse estado natural, de forma consciente, através do devido processo constitucional. (GIACOMOLLI, 2013, p. 92). O Estado de Inocência é, portanto, o estado natural de todo ser humano.

Seguindo essa linha de raciocínio, o professor Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 358) preleciona que a função da presunção de inocência é servir de eixo estruturante de um processo penal conforme a Constituição. Seria, pois, um "princípio cardinal" do processo penal, constituindo uma síntese da área criminal "advinda da intersecção formada pelos princípios da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito".

Dessa forma, tomando-se a presunção de inocência enquanto princípio basilar do processo penal constitucional, se faz impossível a emissão de decisões com base em conhecimentos privados ou extraprocessuais do julgador, eis que, por óbvio, a esse é vedado aderir antecipadamente a *opinião delicti*, não podendo proferir juízo condenatório antes do prévio exaurimento probatório da acusação, mediante o devido processo constitucional, notadamente no

que diz respeito ao pleno contraditório e à produção da prova pela acusação. (GIACOMOLLI, 2013, p. 94)

Ademais, no campo processual, a presunção de inocência ainda induz regras probatórias de importante valoração, fator que torna seu estudo tão relevante para pesquisa ora proposta. A princípio, tem-se que, diante do estado de inocência a imputação fática é para o juiz mera hipótese, a qual somente se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os pressupostos restarem demonstrados pelo órgão acusador (GIACOMOLLI, 2013, p. 95). Nessa perspectiva, o princípio da presunção de inocência impõe que o acusado não tem o dever de provar as alegações a si atribuídas. Ele poderá ter interesse em provar, mas não um dever, obrigação, encargo, ônus, interesse o qual será atingido com a criação de uma dúvida razoável (*reasonable doubt*).

Consequência lógica dessas proposições é que, no julgamento conforme a Constituição, a dúvida induz à absolvição do imputado (*in dubio pro reo*). Dessa forma, ao menos na teoria, são afastadas quaisquer possibilidades de se obter um juízo de culpabilidade com supedâneo probatório insuficiente.

Ademais, no processo penal vislumbrado sob o núcleo fundante do Estado Democrático de Direito, faz-se essencial a separação entre as atividades estatais de acusar e julgar, visto que essa "assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal". (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 155)Dessa forma, para que se constitua uma jurisdição penal "com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com respeito à sua verdade" (FERRAJOLI, 2014, p. 503), incabível é a concessão de poderes instrutórios ao julgador que o permitam atuar de ofício diante das situações jurisdicionais, sob pena de se deslegitimar política e ideologicamente a função judiciária do Estado.

Assim, se o julgador não pode intervir na atividade probatória, essa incumbirá às partes. Como consequência lógica, quando analisado pela perspectiva da prova, o princípio da presunção de inocência faz com que o encargo probatório, no processo penal constitucional, deverá ser exclusivo da acusação, sendo inexigível do imputado qualquer postura ativa para provar sua inocência.

Enfim, de todas essas considerações pode-se perceber que o princípio da presunção de inocência exerce diversas funções dentro do ordenamento jurídico, sobretudo no processo penal, sendo, pois, como salientam Claus Roxin, Gunther Artz e Klaus Tiedemann (2007, p. 148), "o fundamento da posição subjetiva do acusado e, por essa razão, relativiza de modo especial todas as medidas coercitivas estatais contra ele". Representa, portanto, verdadeiro parâmetro estruturador do processo penal constitucional, devendo ser assegurado ao imputado desde o momento em que se torna suspeito, até o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, por todas essas razões é possível afirmar que somente em um Estado no qual o acusado é tido como inocente desde antes do início da persecução penal é que é possível falar-se em efetiva realização da democracia no processo, nos parâmetros já delineados.

5. CONCLUSÃO

Conforme salienta James Goldschmidt (2002, p. 71), o processo penal é o "termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de uma nação". Da mesma forma, o professor Sérgio Luiz Souza Araújo (1999, p. 19) salienta que é por meio desse ramo do Direito que se percebe de maneira mais visível as relações entre homem e Estado. Dessa forma, se estamos diante de um processo criminal iníquo, com procedimentos arbitrários, prepotentes, não há dúvida de que estamos diante de um Estado Ditatorial. Lado outro, se encontramos um procedimento que tenha em mira salvaguardar de maneira completa a dignidade da pessoa humana, estamos diante de um Estado democrático.

Partindo-se dessas premissas, para verificar a eficácia da Constituição da República de 1988 na efetivação dos direitos humanos nela inseridos, nada melhor que uma análise de sua implementação no âmbito do processo penal. Dentro dessa área, por sua vez, como se tentou demonstrar ao longo do presente trabalho, a presunção de inocência exerce papel de destaque, por se emaranhar nos mais diversos contextos.

Seja como regra de tratamento geral, seja no momento da determinação de medidas cautelares, seja na produção das provas, ou no momento em que o magistrado deve decidir o mérito da causa, a presunção de inocência, por expressa disposição constitucional, deve estar sempre presente, tudo com intuito de garantir ao cidadão o respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana.

Mais que um princípio constitucional, portanto, a presunção de inocência é verdadeiro instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito,

sendo que sua observância, ou não, durante a persecução penal pode ser tida como critério de consolidação da ideologia norteadora da Constituição da República de 1988.

Todavia, alheia às mudanças trazidas pela nova ordem constitucional, é certo que a interpretação do Direito Processual no Brasil desenvolveu-se de forma autônoma, a par da Constituição, que, por muito tempo, foi vista equivocadamente como um Direito superior e diferente dos demais. Dessa forma, paradigmas retrógrados, ainda que incompatíveis com sistema de garantias fundamentais estabelecido pela Constituição da República de 1988, mantiveram-se norteando a prática jurídica processual brasileira. (MARQUES, 2009, p. 148)

Isso não se dá de forma diferente com relação ao princípio da presunção de inocência. Uma simples busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem compete o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é suficiente para se constatar que, muitas vezes, referido princípio é mitigado, relativizado e até ignorado, o que já se encontra demonstrado vastamente pela doutrina especializada.

O que o Poder Judiciário, por meio de seu órgão superior, parece ignorar, porém, é que o respeito aos limites legais, pelo próprio poder público e pelos cidadãos, é requisito básico legitimador de qualquer Estado que se pretenda Democrático de Direito. E se a Constituição, em seu art. 5º, LVII, prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, está impondo uma limitação que deverá ser respeitada por todos na máxima razão possível.

A banalização do instituto, capitaneada também por setores da mídia e da sociedade que bradam em prol do punitivismo como mecanismo de redução da criminalidade, atua na contramão da ideologia constitucional, conferindo maior poder ao Estado e privando proteção ao indivíduo.

A Democracia, como já ressaltado, não pode se limitar à participação popular nas esferas de poder por meio do voto, mas deve se estender a todas as decisões estatais que afetam a esfera particular dos indivíduos, sobretudo no processo penal, através do qual o Estado pode interferir da forma mais cruel possível na vida de uma pessoa. Assim, o respeito ao princípio da presunção de inocência se mostra como condição essencial da democracia, na medida em que somente por meio dele o imputado poderá ter efetiva participação no provimento jurisdicional que irá lhe afetar.

Qualquer violação ao princípio da presunção de inocência, portanto, fragiliza a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, pois significa, igualmente, desrespeito às normas impostas pelo legislador constituinte, bem ainda por impossibilitar a real concretização da democracia, impossibilitando, em todo o caso, o pleno exercício da dignidade das pessoas que são afetadas pela sua não efetivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2010].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios Gerais do Processo Penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935 / James Goldschmidt. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2005.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 141-155, 2009.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. Trad. Luiz Moreira. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO À LUZ DO PRECEDENTE FIRMADO PELO STF A PARTIR DO HC Nº 126.292

Lucas Augusto Reis Albuquerque[1]

INTRODUÇÃO

Tema que vem sendo discutido intensamente entre os pesquisadores do direito, bem como debatido no Judiciário e amplamente divulgado nos meios de comunicação diz respeito a presunção de inocência e a possibilidade de se executar uma pena antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Referida temática ganhou força a partir da decisão proferida pelo STF, no início de 2016, nos autos do HC nº 126.292-SP. Em citada decisão, o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento e novamente passou a admitir o início do cumprimento da pena mesmo quando pendentes recursos de caráter extremo.

Pelos questionáveis fundamentos apontados para justificar a mudança de paradigma na execução da pena, como também pela duvidosa constitucionalidade da posição tomada pelo STF, o Brasil enfrenta hoje grandes dilemas quanto a compatibilidade do princípio da presunção de inocência com o modelo de cumprimento de pena estabelecido pela Suprema Corte.

---

[1] Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Advocacia Criminal pela Escola Superior de Advocacia da OAB. Orientador da área criminal da Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa (DAJ) da UFMG (2018 e 2019). Advogado criminalista.

Partindo desse cenário e pretendendo colaborar com os debates a respeito da execução penal pós 2016, o presente artigo se debruçará sobre a (im) possibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Na busca por uma análise mais apurada do tema, antes de partir para o ponto crucial do trabalho, serão apresentados alguns apontamentos quanto à presunção de inocência, assim como o papel que o STF deve desempenhar em um Estado de bases democráticas, bem como feitas breves explanações se esse papel foi observado pelo Supremo Tribunal Federal ao flexibilizar a presunção de inocência e possibilitar a execução provisória da pena.

1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência tem sua previsão em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos e é uma das principais expressões de um Estado que se paute como antiautoritário.

Entendida por muitos como o pressuposto de todas as outras garantias do processo[2], a presunção de inocência foi positivada pela primeira vez no ano de 1789, onde se constou do art. 9º da Declaração do Homem e do Cidadão que: "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."

Após sua positivação no contexto da Revolução Francesa, a presunção de inocência se fez presente em inúmeros outros tratados internacionais de direitos humanos. Como exemplo, pode-se citar sua previsão na Declaração Universal dos Diretos Humanos:

> 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.

Também fora normatizada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966, o qual, em seu art. 14.1, estabelece que:

---

[2] Segundo Carrara a presunção de inocência funciona como "assoluta condizone dela legittimita del procedimento, e del giudizio". (CARRARA, Francesco. II diritto e la procedura penale (Prolusione al cosco di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa). *In: Diritto Criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 18.

"Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida."

Na mesma senda é o que prevê a Convenção Americana sobre Diretos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual, em seu art. 8.1, determina que: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."

Quanto aos dois últimos tratados internacionais de direitos humanos mencionados, é importante registrar que ambos foram integrados ao ordenamento jurídico pátrio, respectivamente, por meio dos Decretos nº 592/1992 e nº 678/1992, e hoje, segundo atual entendimento do STF[3], assumem o caráter de norma supralegal.

Além das previsões internacionais e a integração de parte delas ao ordenamento jurídico pátrio, a presunção de inocência também encontra amparo na Constituição da República, a qual, ao disciplinar sobre os direitos fundamentais, determina, em seu art. 5º, inciso LVII, que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Observa-se que desde o período do Iluminismo já se chamava a atenção para a necessidade civilizatória de o Estado tratar os seus cidadãos como inocentes até que se provasse o contrário. Em 1764, Beccaria[4] destacou em seu livro "Dos Delitos e das Penas" que: "um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida."

Como explica Luigi Ferrajoli[5], a presunção de inocência é princípio fundamental de civilidade e representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, mesmo que ao custo da impunidade de algum culpado.

Assim, pode-se dizer que em primeiro lugar a presunção de inocência é um princípio político[6], um pressuposto, no atual contexto histórico, da

---

3 RE nº 466343, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

4 BECCARIA, Cesare: Dos Delitos e das Penas. Tradução: Torrieri Guimarães. 2espaço. ed. São Paulo, Martin Claret, 2008, p. 37.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 506.

6 BETTIOL, Giuseppe. Sulle presunzioni nel diritto e nel processo penale. *In: Scritti Giurdici*. Padova: Cedam, 1966, t. I, p. 385.

dignidade da pessoa humana[7]. Ela assegura a todos um estado de inocência que tão somente poderá ser retirado após a comprovação da culpa penal.

Para além de seu caráter político, a presunção de inocência atualmente se decompõe em três principais manifestações: (i) dever de tratamento; (ii) norma probatória; e (iii) regra de julgamento[8].

Na busca por uma maior objetividade quanto ao tema, contudo não desconhecendo a relevância das demais manifestações da presunção de inocência, tratar-se-á nesse artigo apenas da presunção de inocência como um dever de tratamento.

Aponta Aury Lopes que a expressão da presunção de inocência como um dever de tratamento deve ser compreendida como:

> um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).[9]

É dizer: a presunção de inocência impõe que o Estado (inclusive o próprio juiz da causa) não poderá "submeter o imputado a nenhum tratamento, nem tomar qualquer decisão no curso do processo que suponha a antecipação da condenação e, em consequência, da pena"[10].

Uma questão que se debate quanto à manifestação da presunção de inocência como dever de tratamento diz respeito ao seu alcance temporal, ou seja, em qual o momento que a presunção de inocência deixa de existir e o Estado pode tratar o acusado como culpado?

Para responder essa questão deve-se recorrer novamente ao inciso LVII do ar. 5º da Constituição da República, o qual determina expressamente que

---

[7] CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)?. *In*: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 51.

[8] MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a judicial. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 424/476.

[9] JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219.

[10] FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 158.

todo cidadão será presumidamente inocente até "o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Observa-se que a Constituição Brasileira de 1988 foi além da previsão da presunção de inocência dos diplomas internacionais de direitos humanos e impôs ao Estado o dever de tratar todos como inocentes até decisão condenatória de caráter imutável[11]. Dessa maneira, ainda na pendência de qualquer recurso que possa modificar a decisão condenatória, cabe ao Estado tratar o acusado da mesma forma daquele que nunca respondeu a um processo penal.

À vista disso, a partir do texto constitucional é possível dizer que antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória não é crível impor ao acusado o cumprimento de pena, mesmo que essa seja de caráter provisório.

Contudo, não é assim que atualmente o Supremo Tribunal Federal vem interpretando a Constituição e lidando com a presunção de inocência, como se passa a expor no tópico seguinte.

2. A FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de abordar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à presunção de inocência e à (im)possibilidade da execução provisória da pena, cabe traçar poucas linhas a respeito do papel que o Supremo Tribunal Federal deve desempenhar em um paradigma de Estado Democrático de Direito.

O papel que deve ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal em um paradigma democrático

A criação do Supremo Tribunal Federal remonta ao século XIX e foi a partir da promulgação da Constituição de 1891 que se institui o controle de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro, dedicando ao Supremo Tribunal Federal lugar fundamental na organização judiciária[12]. De lá para cá o STF ganhou força e expressão, sendo, muitas vezes, destaque no cenário jurídico e político brasileiro.

---

[11] Nesse sentido ensina Barbosa Moreira que "por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável para à de imutável". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre coisa julgada. Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145)

[12] STF, Supremo Tribunal Federal. Histórico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 14 dez. 2018.

No atual paradigma judicial e a partir do que determina o art. 102 da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal desempenha hoje competência ampla, exercendo, em alguns casos, o papel de órgão de revisão de última instância – realizando a atividade de controlar a constitucionalidades das questões discutidas nos diversos processos –, bem como, em outros casos, atuando como Tribunal Constitucional – com competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais em processo de controle abstrato de normas.[13]

Apesar das suas várias atribuições, é certo que hodiernamente a função precípua do STF é a de ser o guardião da Constituição da República[14], realizando o controle de constitucionalidade das decisões judiciais e interpretando as normas à luz do nosso modelo de Estado Constitucional.

Assim, por ser o interprete final da Constituição, naqueles casos que são a ele submetidos, do STF se espera uma atuação em prol da salvaguarda das garantias dos cidadãos, promovendo a expansão dos ditames democráticos e a efetivação dos princípios estabelecidos na Constituição de 1988.

Em se tratando do campo processual penal a questão é ainda mais clarividente, vez que, por estar em jogo apenas os interesses de uma das partes – leia-se do acusado –, ao interpretar as garantias constitucionais, o Supremo Tribunal Federal não está abalizado a realizar uma análise restritiva de direitos, já que sua função precípua é zelar pela Constituição e obstar o não retrocesso social[15]. Desse modo, nos temas do processual penal as interpretações propiciadas pelo STF devem ser sempre para expandir os direitos dos acusados, pois só assim se ampliará os direitos humanos.

Ademais, por ser o direito processual penal o *locus* das garantias do indivíduo perante o arbítrio da maioria, cabe ao STF – e ao Judiciário como um todo – desempenhar um papel contra majoritário, sempre zelando pelos direitos do vulnerável (investigado/acusado/sentenciado), mesmo quando esses vão de encontro a supostos interesses da sociedade.

---

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.n.p.

[14] Conforme determina o *caput* do art. 102, CR/88: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda da Constituição* (...).

[15] RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Quem deve ser o Guardião da Constituição? A salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 140/2018, fevereiro de 2018, p. 241.

Contudo, a partir da permeabilização de discursos populistas penais, muitas vezes o STF foge ao seu papel contra majoritário, subvertendo institutos e garantias e atuando de maneira pouco democrática, na busca da satisfação do gozo panóptico[16] e dos anseios sociais, como se passa a expor no tópico seguinte.

Relegando o seu papel contra majoritário - a involução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No ano de 2009, ao analisar o HC nº 84.078/MG, dando interpretação conforme a Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), determinou que a execução provisória da pena seria incompatível com o art. 5º, inciso LVII, da Carta Maior. Assim constou a ementa da decisão:

> EMENTA: *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.*
>
> (...)

[16] Expressão utilizada por Lucas Villa para fazer referência ao prazer do homem moderno em vigiar e ser vigiado. VILLA, Lucas. *Gozo Punitivo, Gozo Panóptico e Abolicionismo Penal*: Redescrevendo a prática de enjaular seres humanos a partir da filosofia e da psicanálise. 2018. Disponível em: <http://revistas.dwwe.com.br/index.php/NH/article/view/319/0>. Acessado em: 9 dez. 2018.

> 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. (HC 84.078, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010). (Grifos nossos)

No referido julgamento discutia-se a incompatibilidade do art. 673[17] do Código de Processo Penal com o paradigma constitucional da presunção de inocência, bem como sua incongruência com diversos dispositivos da Lei de Execução Penal que estabelecem o trânsito em julgado da sentença condenatória como marco do início da execução da pena, dentre eles os arts. 84, 105, 147 e 164[18].

Em tal ocasião o STF cumpriu com sua função de guardião da Constituição da República e sedimentou as bases necessárias para a efetivação da presunção de inocência como um dever de tratamento, tal como estabelecido na Carta Política de 1988.

---

[17] Art. 673. 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.

[18] Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.
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.
Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.
Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

No entanto, na esteira do clamor público, contra uma pretensa impunidade, e de um hipotético combate aos crimes corporativos – em especial a Operação Lava Jato –, respondendo aos anseios populistas/midiáticos[19], em fevereiro de 2016, ao julgar o HC nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), reviu seu posicionamento consolidado em 2009 e passou, novamente, a admitir a execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias (2ª instância):

> Ementa: 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. (HC 126.292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16/05/2016) (Grifos nossos)

Após referida decisão, duas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. Ambas as ADCs, autuadas com os nº 43 e nº 44, possuem semelhante objetivo, sendo ele o esclarecimento da dimensão e âmbito de incidência da presunção de inocência à luz do *caput* do art. 283[20] do Código de Processo Penal.

Ocorre que, em 5 de outubro de 2016, ao julgar o pedido cautelar das referidas ADCs, o Plenário do STF, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), indeferiu o pleito e manteve o entendimento assentado no HC nº 126.292/SP.

Ainda, como consequência do julgamento do HC nº 126.292/SP, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, em 10 de novembro de 2016, em sede do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE nº 964.426), com repercussão geral reconhecida, reafirmou que:

---

[19] NETO, Emetério Silva de Oliveira. Garantismo Penal e Presunção de Inocência: Uma análise do *habeas corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 144/2018, abril de 2018, p. 140.

[20] 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.

> a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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[21].

Por último, em 4 de abril de 2018, quando do julgamento do HC nº 152.752/PR[22], impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por apertada maioria de votos – 6 (seis) votos a 5 (cinco) –, o Plenário do Supremo Tribunal Federal manteve o precedente de que é possível a execução provisória da pena.

O entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal pós-2016, a pretexto de combater a impunidade e a corrupção sistêmica, "se afigura extremamente prejudicial aos acusados no processo penal e, como tal, ao próprio Estado de direito, na medida em que viola o postulado constitucional do maior relevo, que não admite interpretação fora da moldura que o ordenamento jurídico, no seu conjunto orgânico e sistêmico, lhe confeccionou." [23]

Por desempenhar atribuição contra majoritária, aguardava-se do STF uma postura de garante da Constituição e em prol dos direitos fundamentais dos indivíduos, o que não se observou ao flexibilizar a presunção de inocência, dando interpretação contrária à própria disposição literal do art. 5º, inciso LVII, da CR/88.

No entanto, apesar do retrocesso social promovido pelo STF pós-2016, alguns esclarecimentos devem ser feitos quanto ao âmbito de incidência do novo modelo de execução penal, em especial se essas alterações abarcam a execução das penas restritivas de direitos. É isso que o presente artigo propõe abordar doravante, contudo, antes de se partir para tal temática, necessárias algumas explanações quanto a previsão das penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[21] ARE 964246 RG, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-251 DIVULG 24/11/2016.

[22] HC nº 152.752, Relator: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26/06/2018.

[23] NETO, Emetério Silva de Oliveira. Garantismo Penal e Presunção de Inocência: Uma análise do *habeas corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 144/2018, abril de 2018, p. 142.

3. AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Introduzida pela Reforma Penal de 1984, a pena restritiva de direitos é uma das 3 (três) espécies de penas estabelecidas atualmente pelo Código Penal Brasileiro[24].

Normatizada do art. 43 ao art. 48 do CP, as penas restritivas de direitos foram abarcadas por nosso ordenamento jurídico penal com o intuito de "dar solução mais realista e humana ao grave problema da prisão[25].

Apesar de terem sido concebidas como meios de contenção da expansão penitenciária, após sua vigência, as penas restritivas de direitos foram incapazes de diminuir o contingente carcerário e, ao contrário, aumentaram a "malha penal", "trazendo para a esfera criminal fatos e condutas até então intangíveis"[26].

Feitas as críticas quanto ao instituto desencarcerador e sua duvidosa eficiência, passa-se a apresentar sua regulamentação no Código Penal Brasileiro.

Conforme descreve o art. 43 do Código Penal, hodiernamente as penas restritivas de direitos se dividem em cinco categorias, sendo elas: (i) prestação pecuniária; (ii) perda de bens e valores; (iii) limitação de fim de semana; (iv) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; e (v) interdição temporária de direitos.

Observação interessante abaliza Cezar Roberto Bitencourt, assinala o doutrinador que a denominação de tal espécie de pena como "restritivas de direitos" foi infeliz, uma vez que de todas as cinco modalidades de sanções sob a referida rubrica, apenas uma se refere precisamente à restrição de direitos. A prestação pecuniária e a perda de bens e valores podem ser melhores entendidas como de natureza pecuniária. Já à limitação de fim de semana e a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas condizem melhor com a restrição da liberdade do apenado. Assim, apenas a interdição

---

[24] Existem penas restritivas de direitos previstas também em algumas leis especiais: Lei de Abuso de Autoridade (art. 6º, § 3º, Lei nº 4.898/65), Código de Defesa do Consumidor (art. 78, Lei nº 8.078/90), Código de Trânsito Brasileiro (art. 292, Lei nº 9.503/97), Lei de Crimes Ambientais (art. 8º, Lei nº 9.605/98), Estatuto do Torcedor (art. 41-B, Lei nº 10.671/2003) e Lei de Falências (art. 168, § 4º, Lei nº 11.101/2005).

[25] BITENCOURT, Cezar Roberto. *A Falência da Pena de Prisão*: Causas e alternativas. 2. ed. Saraiva. São Paulo. 2001, p. 294.

[26] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 475.

temporária de direitos poderia ser entendida, a rigor, como uma "restrição de direitos" do réu.[27]

Estabelece nosso Código Penal que, a aplicação das penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade está condicionada a existência dos seguintes requisitos[28]:

a) *Quantidade da pena aplicada*: nos casos de crimes dolosos, para se substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito é imprescindível que o crime não seja superior a 4 (quatro) anos.

b) *Natureza do crime cometido*: nos crimes culposos, independentemente do *quantum* penal, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por penas restritivas de direitos.

c) *Modalidade de execução*: além disso, para ser possível a substituição da pena privativa por restritiva, é necessário que o crime não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça.

d) *Réu não reincidente em crime doloso*: por outro lado, em tese, as penas privativas de liberdade não poderão ser substituídas por penas restritivas de direitos quando o apenado for reincidente em crime doloso. Contudo, conforme dispõe o § 3º do art. 44, CP, em casos de reincidência "o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".

e) *Prognose de suficiência da substituição*: por fim, apesar de duvidosa constitucionalidade, o Código Penal estabelece que, ao analisar a substituição da espécie sancionatória, cabe ao Julgador realizar um exame da suficiência da alteração, por meio da análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstancias do fato[29].

---

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 549.

[28] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 557-563.

[29] Idem.

Ademais, as penas restritivas de direito são de caráter autônomo, ou seja, não podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade[30]. Contudo, serem autônomas não impedem que o Juízo, no momento da substituição, fixe mais de uma pena restritiva de direitos ao condenado[31].

Quanto à execução das penas restritiva de direitos, em consonância com a presunção de inocência e à luz do art. 5º, inciso LVII, CR/88, estabelece o art. 147 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) que:

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

Para mais, determina o art. 148 da LEP que em qualquer fase da execução penal, poderá o Juiz, justificadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, conformando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

Feitas essas breves explicações quanto às penas restritivas de direitos e sua execução, passa-se agora a examinar se a interpretação dada pelo STF, pós-2016, a respeito da presunção de inocência e a execução provisória da pena altera a forma como essa espécie de sanção deva ser executada por nosso Judiciário.

4. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PÓS 2016

Conforme exposto ao longo do texto, da presunção de inocência se extrai o dever de o Estado tratar todos como inocentes até a comprovação da culpa

---

[30] Exceto com relação aos crimes contra as relações de consumo, já que, conforme art. 78 do CDC, nesses casos as penas restritivas de direito podem ser cumuladas com a privativa de liberdade.

[31] Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
(...)
§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

penal. Nesse sentido, ao disciplinar o marco temporal final da aplicabilidade da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico, dispõe o art. 5º, inciso LVII, CR/88 que todos devem ser tratados como inocentes até o trânsito em julgado de decisão condenatória.

No entanto, como apontado em linhas acima, após o julgamento do HC nº 126.292/SP o Supremo Tribunal Federal flexibilizou o princípio da presunção de inocência e a partir de então vem permitindo a execução da pena antes do trânsito e julgado da condenação penal.

Assim, analisar-se-á se essas mudanças propiciadas pelo STF após o ano de 2016 interferem na execução penal das penas restritivas de direitos.

4.1 O entendimento do STF a respeito da execução provisória das penas restritivas de direito antes de 2009

Antes mesmo da emblemática decisão do STF datada do ano de 2009 (HC nº 84.078/MG) – que fixou a tese de que a execução provisória da pena é inconcebível à luz da Constituição da República e deu real efetividade a presunção de inocência como dever de tratamento – o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado em diversas ocasiões quanto às penas restritivas de direito e sua (in)compatibilidade com a execução provisória.

Nos autos do *Habeas Corpus* de nº 84.677, em julgamento realizado em novembro de 2004, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a execução provisória das penas restritivas de direitos contraria o princípio constitucional da presunção de inocência e a regra contida no art. 147 da Lei de Execuções Penais, a qual determina que a pena restritiva de direitos só poderá ser cumprida após o trânsito em julgado de decisão condenatória[32].

Também no ano de 2004, nos autos do HC de nº 84.741, a Primeira Turma do STF, novamente por maioria, decidiu que não seria possível a execução

[32] EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direito. Decisão impugnada mediante recurso especial, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Voto vencido. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs. (HC 84.677, Relator Min. EROS GRAU, Relator p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/11/2004, DJ 08/04/2005).

provisória das penas restritivas de direitos[33]. Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio, ao votar contrário a execução provisória das penas restritivas de direitos, fez interessante apontamento:

> Estou perplexo ao ver que se indica, a esta altura, um novo instituto, situado no direito penal, substancial e processual, que é o instituto do cumprimento cautelar da pena. Admito que em um pronunciamento condenatório se possa chegar à preventiva, mas jamais, sem o trânsito em julgado, à execução, que reafirmo, no caso, precoce, açodada, temporã da pena imposta.

Seguindo entendimento já consolidado na Primeira Turma do STF, em fevereiro de 2005, ao julgar o HC de nº 85.289, dessa vez por unanimidade, foi decidido que as penas restritivas de direito só poderiam ser executadas após o trânsito em julgado de sentença condenatória[34].

Na mesma senda foi o que decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, em maio de 2006, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 88.741, resguardou a presunção de inocência e sedimentou ser inconcebível a execução das penas restritivas de direito antes do trânsito em julgado de decisão que impõe condenação[35].

Ao julgar o referido *Habeas Corpus*, o Ministro Relator Eros Grau se manifestou dizendo que: "O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória."

---

[33] EMENTA: Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução da pena restritiva de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedente (HC 84.677, 1ª T., 23/11/2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371). (HC 84.741, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 07/12/2004, DJ 18/02/2005).

[34] EMENTA: Pena restritiva de direitos: vedação de execução provisória: LEP, art. 147. De acordo com o artigo 147 da Lei de Execuções Penais, o termo inicial da execução da pena restritiva de direitos é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes (HC 84.677, 1ª T., 23/11/2004, Cezar Peluso, Inf. STF/371; HC 84.741, Pertence, 1ª T. 07/12/2004, DJ 18/02/2005). (HC 85.289, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11/03/2005).

[35] EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida. (HC 88.741, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 04/08/2006)

Inúmeros outros julgados do STF com data pretérita ao ano de 2009 seguiram a mencionada jurisprudência, o que demonstra que antes mesmo do julgamento do HC de nº 84.078/MG a Corte Superior já havia consolidado entendimento que quando se trata da espécie de pena "restritivas de direitos", não é possível a execução provisória.

4.2 A omissão do STF quanto a execução provisória das penas restritivas de direito após 2016

A partir de agora, para que se possa compreender o âmbito de incidência e repercussão do precedente firmado pela Corte Suprema após o examine do HC nº 126.292/SP, em especial se esse alcança as reprimendas restritivas de direitos, algumas observações e esclarecimentos devem feitos.

Ao julgar o HC nº 126.292/SP e possibilitar a execução provisória da pena, o STF não se debruçou quanto à execução das penas restritivas de direitos. No mencionado julgamento discutiu-se apenas quanto a possibilidade de se executar provisoriamente as sanções privativas de liberdade.

De igual modo foi o que ocorreu quando dos julgamentos do ARE nº 964426 e do HC nº 152.752/PR. Do teor dos acórdãos dos mencionados julgamentos se extrai que, apesar da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal votarem pela admissibilidade da execução provisória da pena, não há em nenhum dos votos vencedores referência de que esse entendimento se estenderia às sanções restritivas de direitos.

Já na análise da tutela cautelar das ADCs de nº 43 e nº 44, o STF decidiu apenas, precariamente, quanto à admissibilidade da execução provisória das penas privativas de liberdade à luz do art. 283 do CPP, nada dispondo, novamente, sobre as penas restritivas de direito.

Junta-se à sinalada omissão que, em nenhum dos julgados que abalizaram o entendimento da Suprema Corte pós-2016 houve declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, ou, ao menos, uma interpretação dessa norma conforme o recente entendimento da execução provisória da pena.

Assim, em relação às penas privativas de liberdade – apesar do caráter retrógado –, a posição do STF é clara, no entanto, em se tratando da execução provisória das penas restritivas de direito há considerável omissão.

Não se desconhece a existência de decisões monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, contudo, alguns admitem a possibilidade da execução provisória das sanções restritivas de direitos, outros não admitem a execução provisória e alguns Ministros sequer se pronunciaram sobre o tema após o julgamento do HC nº 126.292/SP.

4.3 A impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos no atual cenário jurídico

Conforme apresentado no início desse capítulo, em época que era admitida a execução provisória da pena – antes do julgamento do HC nº 84.078/MG (2009) –, o STF já havia se manifestado, em inúmeros julgados, pela impossibilidade de tal espécie de execução nos casos reprimendas restritivas de direitos.

Lado outro, nos precedentes firmados pós-2016 o Supremo Tribunal Federal não se manifestou sobre a execução provisória das penas de caráter restritivo, tampouco pela inconstitucionalidade do art. 147 da Lei de Execuções Penais.

Assim, a partir de uma interpretação histórica pode-se dizer que vigora ainda hoje o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal antes do ano de 2009, ou seja, a execução provisória das penas restritivas de direitos não é admitida por nossa Suprema Corte.

Também se chega à impossibilidade da execução provisória das sanções restritivas de direitos a partir de uma interpretação sistêmica, uma vez que, como não houve nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, além da execução provisória das sanções restritivas de direitos violar a presunção de inocência, ela é obstada pelo mencionado artigo da Lei de Execuções Penais. Se não ocorreu a declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP pelo Plenário do STF, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei.[36]

Ademais, recorde-se que em capítulo anterior fora dito que, em se tratando de garantias do acusado, tal como é a presunção de inocência, não é admissível que nosso Judiciário faça uma interpretação que restrinja essas garantias e expanda o poder de punir do Estado[37]. Assim, pelo fato de o STF não ter se

---

[36] Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
Súmula Vinculante 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

[37] Nesse sentido há um antigo brocardo latim que diz: "*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*."

manifestado expressamente nos julgados que admitiram a execução provisória da pena quanto sua extensão às penas restritivas de direitos, é inadmissível que se utilize daqueles precedentes para justificar as execuções provisórias das sanções de caráter restritivo. Em se tratando de decisões que lesam direitos dos cidadãos, não se pode ultrapassar os limites literais dos *decisions* para se flexibilizar princípios tão caros à nossa Constituição.

4.4. Contribuições do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema

Noutro giro, interessantes são as contribuições que o Superior Tribunal de Justiça traz quanto à execução provisória das penas restritivas de direitos.

Após as decisões tomadas pelo STF nos autos do HC nº 126.292/SP, no ARE nº 964.246/SP, nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 e no HC nº152.752, o Superior Tribunal de Justiça já foi instado a se manifestar, em diversas ocasiões, quanto ao âmbito de abrangência dessas decisões e a (im)possibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos.

No próprio ano em que o STF reviu seu entendimento e voltou a permitir a execução provisória da pena, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 688.225/SP, decidiu que a recente decisão tomada pelo STF não poderia ser estendida às penas restritivas de direitos:

> PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS.
>
> 1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.
>
> 2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito.
>
> 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016)

Ainda no ano de 2016, outros casos foram submetidos ao Superior Tribunal de Justiça e o entendimento majoritário do STJ fora o de que os precedentes do STF firmados a partir do HC n. 126.292/SP não poderiam ser aplicados nos casos de reprimendas restritivas de direitos.

Ocorre que, devida a divergência apresentada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em dezembro de 2016, no AgRg no REsp 1.627.367/SP, decidiu pela possibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos, a questão foi submetida à análise da Terceira Seção do Superior Tribunal, EREsp nº 1.619.087/SC.

Ao julgar os referidos Embargos de Divergência em Recurso Especial, em 14 de junho de 2016, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que não é possível a execução provisória de pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.
>
> 1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.
>
> 2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.
>
> 3. Embargos de divergência rejeitados. (EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017)

Outras tantas decisões proferidas pelo STJ seguiram o mesmo entendimento[38], sendo que, em meados de 2018, novamente o tema foi levado à Terceira Seção do Tribunal Superior, oportunidade em que se reafirmou que mesmo com a mudança jurisprudencial promovida pelo STF pós-2016, não é possível a execução provisória das sanções restritivas de direitos[39]:

---

[38] AgRg nº RHC 77.056/PR, HC nº 431.242/SP, dentre outras.

[39] PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 1. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PELO STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO

Destarte, não restam dúvidas de que, apesar do Superior Tribunal de Justiça consentir com a execução provisória das penas privativas de liberdade (de acordo com a jurisprudência do STF firmada a partir do HC nº 126.292/SP), tal Corte não admite a execução provisória das penas restritivas de direitos, já se manifestando até mesmo, em duas ocasiões, por meio de sua Terceira Seção.

PROVISÓRIA. NÃO POSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CF/88, ART. 97. VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.210/1984 (ART. 147). 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA.

1. O fato de haver decisões monocráticas ou de órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal considerando que o entendimento firmado no Agravo em Recurso Especial n. 964.246/SP, submetido ao rito da repercussão geral, abrange também a execução provisória de penas restritivas de direitos, não enseja, data venia, a retratação do julgado. A diretriz firmada em repercussão geral não faz referência ao disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais, o qual se mantém hígido e não pode deixar de ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação da cláusula de reserva de plenário. 2.De outra parte, há pronunciamento expresso da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28/11/2017) no sentido da vigência do art. 147 da LEP, não vislumbrando o Órgão máximo deste Tribunal razão para afastar o dispositivo em tela por inconstitucionalidade ou "interpretação conforme". Este dado é muito importante no caso concreto, em que se pretende que a Terceira Seção reveja sua posição consolidada (EREsp. 1.619.087/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017) e oferte interpretação "conforme" ou "inconstitucionalidade por arrastamento", contrariando, todavia, a diretriz da Corte Especial supramencionada. Dessa forma, enquanto não houver declaração expressa de inconstitucionalidade do referido comando normativo, quer pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quer pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 97), não é possível deixar de aplicá-lo, sob pena de violação da Súmula Vinculante n. 10 do Pretório Excelso. Doutrina e jurisprudência. 3. Em suma: a) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC n. 126.292/SP, no ARE n. 964.246/SP e nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, decidiu apenas acerca da pena privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito; b) somente em sede de tutela cautelar nas aludidas ADCs é que foi examinado o art. 283 do CPP e não houve, na ocasião, qualquer arrastamento quanto ao art. 147 da Lei 7.210/1984; c) ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena (até 05/02/2009, com o julgamento do HC 84.078/MG), como agora, a Suprema Corte não a autorizava para as penas restritivas de direito. Precedentes do STF e do STJ; d) incidência, portanto, na espécie, da Súmula Vinculante n. 10. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, para manter a concessão da ordem. Aplicação do disposto no art. 1.041 do NCPC, c/c art. 3º do CPP. Retorno dos autos à Vice-Presidência do STJ. (AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018).

5. CONCLUSÃO – POR UMA REDUÇÃO DANOS

Por tudo o que foi apresentado ao longo do presente artigo, é possível constatar que a presunção de inocência é um dos princípios mais basilares da democracia e um dos pressupostos de uma sociedade civilizatória.

Sendo de caráter poliédrico[40], uma das facetas desse princípio constitucional é o dever de tratamento, o qual impõe que todos devem ser tratados como inocentes até a comprovação da culpa penal.

A partir do texto constitucional de 1988 é possível extrair que em nosso ordenamento jurídico a presunção de inocência deve ser entendida como um dever de tratar todos como inocentes até decisão condenatória transitada em julgado.

No entanto, após o julgamento do HC nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal, relegando seu papel contra majoritário, vem flexibilizando a presunção de inocência e permitindo a execução provisória da pena.

Contudo, foi possível perceber no decorrer do texto que, apesar do STF – em franca violação ao texto constitucional – ter admitido a execução da pena mesmo quando pendente(s) o(s) julgamento(s) de recursos extremos, tal precedente firmado em 2016 não pode ser aplicado às penas restritivas de direitos.

De igual forma é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em inúmeros julgados se manifestou pela impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos.

À vista disso, no atual estado de coisas, pode-se dizer que qualquer determinação que imponha a execução provisória das penas restritivas de direitos, além de contrariar os ditames constitucionais – como qualquer execução provisória é capaz de contrariar –, não possui respaldo no precedente firmado pelo STF após o julgamento do HC nº 126.292/SP, bem como viola o art. 147 da LEP e afronta o entendimento do Superior Tribuna de Justiça.

Assim, apesar dos pesares, por uma redução de danos, quanto às penas restritivas de direitos, ainda triunfa a presunção de inocência como dever de tratamento, tal como estabelecido pela Carta Constitucional de 1988.

---

[40] FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 158.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo, Martin Claret, 2008.

BETTIOL, Giuseppe. Sulle presunzioni nel diritto e nel processo penale. *In: Scritti Giurdici. Padova*. Cedam, 1966, t. I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *A Falência da Pena de Prisão*: Causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRARA, Francesco. II diritto e la procedura penale (Prolusione al cosco di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa). *In: Diritto Criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)?. *In*: WUNDERLICH, Alexandre (coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHOUCKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre coisa julgada. Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NETO, Emetério Silva de Oliveira. Garantismo Penal e Presunção de Inocência: Uma análise do *habeas corpus* 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 144/2018, abril de 2018, p.133-170.

RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Quem deve ser o Guardião da Constituição? A

salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140/2018, fevereiro de 2018, p. 225-245.

VILLA, Lucas. *Gozo Punitivo, Gozo Panóptico e Abolicionismo Penal: Redescrevendo a prática de enjaular seres humanos a partir da filosofia e da psicanálise*. 2018. Disponível em: <http://revistas.dwwe.com.br/index.php/NH/article/view/319/0>. Acesso em: 9 dez. 2018

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APLICADA AO REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL[1]

Lucas Frederico Viana Azevedo[2]

INTRODUÇÃO

Existe uma série de direito e garantias instituídos pelo direito e processo penal que são estabelecidas propriamente para a defesa do indivíduo perante a força e arbítrio do Estado, porém muitas delas ainda não se estabeleceram discursiva ou faticamente nas relações do sistema disciplinar prisional, mesmo havendo uma identidade entre a lógica e a necessidade desses para com aqueles. Assim, é possível observar que, mesmo o sistema disciplinar prisional restringindo diretamente direitos e liberdades fundamentais dos apenados, certos limites ao poder do estado, como, por exemplo, certos aspectos do princípio da legalidade (especialmente a taxatividade)[3], do direito à ampla defesa e do direito à presunção de inocência, firmados de forma inequívoca no processo penal, não encontram correspondente adequado no sistema disciplinar prisional.

Dentro desse quadro, o presente artigo busca fundamentar para o sistema disciplinar prisional uma aplicação ampla de um dos mais importantes

---

[1] Artigo apresentado como requisito para aprovação na disciplina "Presunção de Inocência", ministrada pelo Prof. Dr. Felipe Martins Pinto no programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. 2º semestre de 2018.

[2] Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Advogado. Bacharel em Direito pela UFMG.

[3] Escrevi sobre isso na minha dissertação de mestrado intitulada "O hiato de legalidade do regime disciplinar prisional do estado de Minas Gerais". Segue referência bibliográfica: AZEVEDO, Lucas Frederico Viana. *O hiato de legalidade do regime disciplinar prisional do estado de Minas Gerais*. Dissertação (mestrado): Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientador: Túlio Lima Vianna. Manuscrito, 2017.

direitos firmados no processo penal em termos de limitação da atuação estatal e garantia dos direitos humanos: o princípio da presunção de inocência[4]. Propõe-se, portanto, uma análise das razões acolhidas na afirmação do princípio no seu âmbito típico (processo penal) para, identificando uma similaridade entre essas e a realidade dos sistemas disciplinares prisionais, fundamentar uma aplicação ampla da presunção de inocência nesse âmbito.

Para tanto, inicia-se o artigo com uma análise legislativa e doutrinária do conteúdo e das razões que justificam a aplicação da presunção da inocência, delineando seus contornos no âmbito do sistema penal ao identificar onde ele se origina e como ele se manifesta. Em seguida, será feita uma comparação sistemática entre o sistema penal e o sistema disciplinar prisional indicando que ambos comportam as mesmas características que justificam a imposição da presunção de inocência, e assim concluir pela incidência irrestrita do princípio a realidade da execução penal. Por fim, com o intuito de delinear a aplicação do direito ao âmbito proposto, dedica-se um capítulo ao desvelar da ausência da garantia ao sistema disciplinar prisional, estabelecendo de forma geral ao domínio os benefícios dos efeitos típicos dos principais conteúdos que reconhecem a presunção de inocência como princípio informador da atuação Estatal, como regra de tratamento e como regra de julgamento.

Antes de continuar com a proposta exposta, importante esclarecer, no entanto, que o princípio da presunção de inocência aplicado no momento da execução penal não se refere, por óbvio, ao fato que ensejou a sanção e a consequente submissão do indivíduo ao aparelho executivo, uma vez que o reconhecimento inequívoco da culpa extingue as garantias postas pela presunção de inocência. Interessam, nesse contexto, as novas condutas realizadas naquele meio e que ensejam a restrição de direitos e liberdades dos indivíduos a partir da responsabilização e sanção dos mesmos. Ou seja, das condutas atinentes a violação disciplinar prisional, definidas pelo regime de faltas e sanção disciplinar, e que não guardam nenhuma relação com a conduta que originou a submissão do indivíduo ao aparelho de execução penal.

---

[4] O presente artigo não se aprofundará, para além dessa nota de roda pé, sobre a discussão doutrinária acerca da terminologia mais adequada ao princípio/direito ora analisado, bastando pontuar que, apesar de alguns doutrinadores defenderem que a terminologia mais adequada para esse princípio/direito seja *presunção de não culpabilidade* (seguindo-se assim a fórmula como ele está prescrito em algumas constituições, a exemplo da Constitucional brasileira de 1988 e da italiana de 1948), opta-se como já ficou evidente, pela designação tradicional *presunção de inocência*, já que essa é a expressão acolhida pelos principias tratados internacionais que o estabelecem como direito humano fundamental.

1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

As pessoas envolvidas pelo aparelho de persecução penal do Estado em razão da suspeitas de prática de um delito sofrem um julgamento social sumário, e, talvez, inevitável, que normalmente se conduz pela avaliação negativa da pessoa e seu consequente repúdio. Isso ocorre porque a sociedade e as pessoas que a compõem, geralmente viscerais e intuitivas em suas relações, não estão atreladas, no âmbito da sua consciência, às regras de direito que determinam a forma pela qual a culpa de um indivíduo deve ser afirmada. Assim, anteriormente e/ou independentemente da constatação formal da culpa ou da inocência, a repercussão social do delito (entende-se, a circulação das narrativas que se estabeleceram acerca do fato crime) é suficiente para motivar uma demanda social por punição, além de macular o indivíduo apresentado como suspeito com a pecha de criminoso, recaindo sobre ele o receio social à sua figura dentre outros dissabores desse novo *status*.

Ilustrando o que foi dito acima sobre comportamento natural da sociedade frente à notícia de um delito, destaca J. N. Fenoll que:

> […] lo cierto es que el simple hecho de señalar a una persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo. Es muy raro que alguien le tenga por inocente. Siempre que aparece una noticia periodística sobre un sospechoso, o acerca de una simple detención policial, el ciudadano tiende sistemáticamente a dar por cierta la información, y a tener, no como sospechoso, sino directamente como culpable a esa persona.[5]

Esse comportamento de imputação sumária e infundada de responsabilidade penal não é, todavia, uma exclusividade das relações interpessoal e social. O próprio Estado pode, influenciado pelos interesses autoritários das pessoas e políticas que detêm o seu controle ou pressionado pela demanda popular por punições (válido tanto para casos específicos quanto para um sentimento geral de injustiça), atribuir culpa de forma açodada, egoística e/ou infundada. Nesses casos, o interesse do Estado é colocado acima do interesse do indivíduo e a intervenção penal não encontra obstáculos na sua atuação, despindo-se assim de qualquer medida de garantia do indivíduo quando surge um conflito entre agendas públicas e a garantia dos direitos humanos. Aqui, tem-se o

---

[5] FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. *In: InDret – Revista para el análisis del derecho*, 2016, v. 1, p. 5.

indivíduo mais como objeto do direito estatal do que como sujeito de direitos, servindo ele aos propósitos mediatos e imediatos do Estado. Assim, a injustiça de se impor a brutalidade da intervenção penal sobre os inocentes envolvidos como suspeitos de crimes é ignorada ou aceita, pois o que importa é como o indivíduo serve ao Estado, não como o Estado serve ao indivíduo.

Nesse contexto, claramente autoritário, a constituição sólida da culpa não é critério para que o Estado exerça seus interesses punitivos, assim o indivíduo sofre a violência estatal programada antes de qualquer verificação substancial da sua relação e responsabilidade com a conduta que lhe é imputada e, quando há essa verificação, não há critérios substanciais que limitem o necessário a declaração de alguém como culpado. Assim, o risco de afetar um inocente geralmente entra sem peso na conta, sendo mais importantes e interessantes aos Estados autoritários o poder e o controle alcançados com esse sistema.

Tal risco é, no entanto, inadmissível dentro dos critérios de justiça estabelecidos pelos Estados de orientação liberal, onde a garantia dos direitos e liberdades individuais faz frente ao interesse punitivo estatal, como no atual paradigma dos Estados Democráticos de Direito. Aqui, o indivíduo não só é reconhecido plenamente como um sujeito de direitos, como o Estado assume a primazia dos direitos humanos como orientação fundamental na sua relação com o indivíduo, especialmente em sua interferência punitiva. Dessa forma, o Estado se cerca de limites e formalidades que buscam garantir que a atuação estatal ocorra sem excessos e que a violência da intervenção estatal seja contida ao mínimo necessário para a garantia da existência social pacífica.

> De ese modo, la protección de los derechos humanos, como condición de defesa individual frente a un Estado despótico, además de ser un programa, es un fundamento del propio Estado democrático, que debe, pues, ocupar-se de garantizar a todos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.[6]

Ao contrário do que era aplicado nos Estados de orientação autoritária, o Estado de orientação democrática e liberal serve aos indivíduos, buscando antes de tudo garantir um exercício livre e pacífico dos direitos humanos. Assim, apesar da importância atribuída ao poder punitivo do Estado, a intervenção penal só pode atuar quando autorizada e quando estiver certa que sua incidência é imprescindível. Dessa forma, quando os direitos e liberdades

---

[6] TAVARES, Juarez E. X. *Bien Jurídico y función en Derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 43.

fundamentais do indivíduo suspeito de praticar algum delito confrontam com o interesse do Estado de punição e reestruturação da ordem, vale, como critério norteador de justiça e de atuação do Estado, a máxima de Ulpiano, segundo o qual: "Ninguém deve ser condenado por suspeitas, porque é melhor que se deixe impune o delito de um culpado que condenar um inocente"[7]. Fixa-se assim o direito humano fundamental a presunção de inocência.

> La presunción de inocencia es un derecho que se le reconoce al imputado con la finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del ius puniendi en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal. Por tanto, la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguarda de su libertad y su dignidad. La presunción de inocencia asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, ya que viene a establecer los límites de las relaciones entre el individuo y el poder. [8]

Nesse estado de coisa, o processo penal de corte liberal[9] acolhe e impõe como verdade orientadora de toda atuação estatal e social a primazia pelo estado de inocência da pessoa imputada criminalmente, presumindo-o de forma inabalável até que o processo penal decidisse formalmente pela sua culpabilidade. Assim, enquanto não se chega a uma sentença acerca da responsabilidade penal do indivíduo, declarando culpado ou inocente dentro de um processo penal de garantias, a postura do Estado para com esse sujeito não pode ser outra se não uma que o considere como verdadeiramente inocente.

---

[7] ULPIANO *apud* MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencia. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 29.

[8] LOPÉZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2005, p. 119-120.

[9] Sobre essa relação do direito da presunção de inocência e a corrente de pensamento jurídico liberal, vale destacar passagem de J. S. F. Cunha e J. J. Baluta: "Fruto da reação ao sistema processual vigente anterior à Revolução Francesa (que impingia o ônus *probandi* ao réu), o princípio da presunção de inocência consagrado no ano de 1789, em Paris, com a Declaração dos direitos do homem e do Cidadão – com diversa conotação porém, daquela pela qual foi concebido, foi recebido pelo pensamento jurídico liberal firmado após vigorosa reação doutrinária que o considerava um absurdo acolhido pelo empirismo francês, veio para instalar-se como um dogma do liberalismo, passando a integrar todos os posteriores tratados e convenções internacionais." (CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, Jose Jairo. *O Processo penal a luz do Pacto de São Jose da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 109.)

Nessa perspectiva, explica G. H. R. I. Badaró[10], o estado de inocência manifesta-se como uma presunção política cujo objetivo é assegurar que a liberdade e outros direitos fundamentais dos indivíduos não sejam atropelados diante o interesse do Estado e/ou da coletividade na repressão penal. Assim, pontua o autor supracitado, "há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência", que, de certa forma, acaba associando à própria concepção de Estado Democrático de Direito. Isso porque não há como conceber o ideal de um Estado Democrático de Direito que não compreenda um processo penal de índole acusatório, nem como considerar um processo penal eminentemente acusatório se ele não elenca entre seus princípios basilares a presunção de inocência.

Os efeitos disso, como se verá logo mais à frente, serão variados, mas considerar o acusado como inocente significa, em suma, "[...] dizer que a sanção penal só poderá aparecer depois da condenação, e equivale também a exigir que a culpabilidade seja provada de acordo com a lei"[11]. A extensão atual da garantia de presunção do estado de inocência, todavia, avança para muito além da afirmação apontada acima, como bem ilustra a passagem da obra de A. Vilela, ao mencionar o conteúdo considerado ao princípio no VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal:

> Do VI Congresso da «Association Internationale de Droit Pénal», ocorrido em Roma em 1953 (quando se discutia se o princípio em causa só deveria valer em matéria de prova, ou se também produziria os seus efeitos sobre o estatuto do arguido, ao longo de todo o processo penal, podendo, no pensamento de alguns, conduzir à ilegitimidade de utilização de medidas de coacção contra o arguido) sai o seu conteúdo extenso e máximo. No seio de tal Congresso, reconhece-se, que de acordo com o princípio da presunção de inocência ninguém pode ser perseguido a não ser nos casos e de acordo com a forma prevista em lei; ninguém poderá ser julgado sem que tenha sido devidamente citado e chamado; enquanto o arguido não seja declarado culpado por uma decisão com força de caso julgado considera-se inocente; o acusado tem direito de apresentar sua defesa livremente, e de discutir os elementos de prova contra si reunidos; a prova incumbe à parte que acusa e em matéria de repressão deve ser usada contenção e, por último, a dúvida beneficia o acusado.[12]

---

[10] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283-284.

[11] VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 59.

[12] VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 60.

A sistematização do conteúdo tradicionalmente acolhido ao direito à presunção de inocência pela doutrina e pela jurisprudência não acolhe, todavia, esta formulação, sendo esse direito geralmente apresentado a partir dos diferentes enfoques da sua aplicação, quais sejam: como *princípio informador do processo penal e da atuação Estatal*, como *regra de tratamento* do acusado; e como *regra de julgamento* do caso.

A presunção de inocência compreendida como *princípio informador do processo penal e da atuação Estatal*, como a própria terminologia já indica, exprime a força vinculante desse direito sobre o Estado, de modo que todas as manifestações devem ser orientadas de forma a se garantir o máximo respeito à presunção de inocência dos indivíduos e, consequentemente, de todos os seus direitos fundamentais. Nesse quadro, pontua M. A. Montañés Pardo, que "Desde esta perspectiva, el derecho a la presunción de inocencia constituye en el ámbito legislativo un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad e conlleve para el acusado la carga de probar su inocencia". Contudo, a instância legislativa não é a única afetada nesse sentido, de modo que toda e qualquer programação ou exercício de poderes e atribuições do Estado deve respeitar os conteúdos da presunção de inocência.

Por outro lado, a presunção de inocência como *regra de tratamento* estabelece o direito subjetivo do suspeito acusado da prática de um delito ser tratado como inocente até que sua culpa seja firmada em uma condenação definitiva. Dessa forma, assegura-se que o suspeito de um crime receba o mesmo tratamento despendido aos sujeitos que não estão implicados criminalmente, não sendo possível diminuir o *status* social e o estado de direito do sujeito em razão da suspeita de um delito. Ademais, o suspeito não pode sofrer qualquer medida que importe na antecipação da sanção penal, sendo essa reservada apenas aos casos em que a culpa comprovada é formalmente definida. "Encontra-se, em suma interdita qualquer forma de equiparação do acusado ao culpado [...]"[13], partindo da ideia de que o acusado é inocente e assim deverá ser tratado, o que implica na redução ao mínimo necessário as medidas restritivas de direito ao longo do processo. Nesse sentido, aponta M. F. Lopéz que: "Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado

[13] VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coímbra: Coímbra Ed., 2000, p. 58.

y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena."[14]

Por fim, como *Regra de Julgamento* (ou regra de juízo), a presunção de inocência estabelece certos critérios a serem seguidos na técnica de averiguação e julgamento do fato crime, impondo a essas atividades certos parâmetros ético-jurídicos que vão orientar tanto a forma de se produzir as provas no processo penal quanto a sua valorização pelo juiz. Como bem explica M. F. Lopés:

> De un lado, la presunción de inocencia como regla probatoria supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria. De otro lado, y si bien la consecuencia es la misma (declaración de inocencia del acusado), la función de regla de juicio asume un papel relevante en un momento posterior, concretamente cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías (esto es, cuando ha sido superada la presunción de inocencia desde el punto de vista de su función como regla probatoria), el resultado que de ella se deriva no es concluyente y, por tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforme a él. En estos casos, la duda – como consecuencia de una actividad probatoria de cargo insuficiente – debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia.[15]

Como se pode perceber, a realização completa desses parâmetros encaminha o processo a uma estrutura propriamente acusatória, sendo o estado de inocência definidor, em certos aspectos, das razões de elementos desse sistema. Assim, a definição de que o ônus probatório deve recair sobre a acusação e não sobre o acusado é uma consequência lógica do estado de inocência na medida em que o suspeito, considerado inocente, não precisa, necessariamente, se encarregar de afirmar esse estado, devendo a acusação instruir a quebra desse com provas suficientes da culpabilidade[16]. Ademais, como o estado presumido de inocência dos sujeitos envolvidos criminalmente é uma verdade assumida

---

[14] LOPÉZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2005, p. 123.

[15] LOPÉZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2005, p. 157-158.

[16] Nesse sentido, M. A. Montañés Pardo explica: "La consideración previa del acusado como inocente no le exige desplegar actividad probatoria alguna dirigida a refrendar esta «verdad interina» de inocencia, pues es claro, en este sentido, que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular". (MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencia. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 82)

em defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos, sendo a defesa dos direitos humanos um valor máximo a atuação estatal, sua desconstituição deve se apoiar em atividade probatória mínima.

> Trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento 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.[17]

Apenas um processo instruído com provas robustas e formalmente adequadas (quer dizer, de acordo com as formalidades e garantias processuais) é suficiente para a constituição da culpa. Não havendo esse elemento, ou subsistindo dúvida em torno da culpa do acusado, o juiz deve inocentá-lo, sem que sobre ele recaia qualquer efeito negativo, afinal, é preferível que na falta ou incerteza das provas os direitos humanos sejam preservados do que o Estado interferir erroneamente sobre inocentes.

Fixados os termos do direito à presunção de inocência, passa-se a uma apresentação dos principais documentos e leis responsáveis por afirmá-lo normativa e positivamente.

2.1 O DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA POSITIVADO

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada em 1798, pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, foi o documento de Estado responsável por consagrar o que hoje se consolidou como princípio/direito da presunção de inocência. Isso no art. 9º do referido tratado que prescreve: "*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" (grifos nossos). Um postulado que à época estava, como esclarece A. Vilela:

> [...] directamente relacionado com o modo como se trata o incriminado durante todo o processo penal, e que por tal motivo se liga à sua liberdade individual, obrigando todos os intervenientes do processo a partir de um estatuto de inocência, que, em ultima análise, implica a redução ao mínimo das medidas restritivas de direitos.[18]

---

[17] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

[18] VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 58.

A Declaração mencionada acima não foi, todavia, o único documento a recepcionar o direito a presunção de inocência, sendo ele replicado, com formulações diversas, em diferentes tratados internacionais são eles: (I) Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, art. 11.1: "Todo homem acusado de um ato delituoso tem 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"; (II) Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, art. 6.2: "Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada"; (III) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1966, art. 14.2: "Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei"; (IV) Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, art. 48.1: "Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa"; (V) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8.2: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Nesse quadro, a preocupação da comunidade internacional em firmar a presunção de inocência como direito humano norteador das relações de poder do Estado é urgente e inegável, surgindo, como explica A. Vilela, em reação aos inúmeros desrespeitos e violações dos direitos humanos, vivido no começo do século XX com o acontecimento de duas guerras e a ascensão de Estados totalitários.

> Palco de duas guerras mundiais, e com os regimes totalitários instalados, a Europa volta a sentir necessidade de reagir contra a barbárie que encerra, necessariamente, o constante violar dos direitos humanos. Volta a sentir, enfim, a necessidade de restabelecer o sistema político de direitos e liberdades individuais e de conceder protecção aos direitos do homem, não ao nível de cada país, mas sim numa acção concertada ao nível internacional, com a consequência de que o tratamento a outorgar a cada indivíduo ultrapassa o plano interno de cada Estado. Clama-se, de novo, por um processo penal justo, onde tenha necessariamente cabimento a presunção de inocência enquanto garantia colocada entre os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal e eis que a presunção de inocência assume como grito de reacção contra um passado que pretendia ignorar as liberdades e direitos individuais.[19]

[19] VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 53.

Os tratados internacionais não foram, entretanto, os únicos documentos normativos a fixar o direito à presunção inocência. Em muitos Estados a presunção de inocência passou a integrar o direito interno, como Portugal, Espanha e Brasil, onde a presunção de inocência ocupa a posição de direito constitucional, passando de princípio geral informador do direito, a norma de conteúdo preciso e efeito vinculante direto sobre atuação estatal.

No caso do Brasil, apesar da doutrina brasileira já reconhecer o princípio da presunção de inocência como um direito implícito ao modelo processual penal vigente no Brasil antes mesmo da sua positivação, seu ordenamento jurídico só foi receber uma formulação explícita do princípio da presunção de inocência com a CRFB/88. Mais precisamente, com o art. 5º, LVII, que prescreve: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Porém, a norma citada não é a única no Brasil a garantir de forma abstrata e imperativa a presunção de inocência. O *Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos* de 1966 e a *Convenção Interamericana de Direitos Humanos* (*Pacto de São José da Costa Rica*), mencionadas anteriormente, também consagram a presunção de inocência, acompanham a norma constitucional, pois, ante o novo paradigma constitucional brasileiro, foram integralizados ao ordenamento jurídico interno com a promulgação conferida e eles pelo Decreto 592 de 09 de novembro de 1992 e o Decreto 679 de 06 de novembro de 1992, respectivamente. Nesse passo, em razão da equiparação expressa pelo art. 5º, § 2º da CFRB/88[20], é possível firmar que o princípio da presunção de inocência está positivado sob três formulações diversas, e todas com *status* hierárquico de norma constitucional, não restando dúvida sobre a eleição desse como direito humano fundamental do indivíduo e, diante a própria mensagem antiautoritarismo afeita a própria gênese disruptiva e ao atuais caminhos que o princípio aponta, como elemento essencial ao ideal de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil.

[20] CFRB/88 – Art. 5º, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

2. A NECESSIDADE SIMÉTRICA DA GARANTIA DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA DISCIPLINAR PRISIONAL.

O controle disciplinar nas unidades prisionais brasileiras é, em muitos aspectos, simétrico em estrutura e efeitos a persecução penal que o poder punitivo movimenta e legitima através do processo penal. Isso, porque tanto o poder punitivo exercido por meio do processo penal, quanto o poder disciplinar exercido dentro do regime de execução das penas privativas de liberdade são manifestações típicas da força do Estado que, se não orientada corretamente pelos valores e princípios democráticos, são capaz de subjugar os indivíduos sob qualquer pretexto, e pior, atingindo da forma mais violenta possível o *status* de direitos e liberdades dos sujeitos. Basta notar que os dois sistemas se manifestam por meio da aferição de responsabilidade individual e têm como consequência direita a intervenção estatal a restrição da liberdade e dos direitos mais caros a condição humana, o que faz insurge a mesma preocupação com a limitação da atuação do Estado e a garantia dos direitos humanos.

No caso do processo penal, a restrição ocorre tipicamente pela afetação do estado de direitos fundamentais dos indivíduos; como, *v.g.*, a liberdade de locomoção, o direito de propriedade, a intimidade, etc.; através da privação de liberdade e a restrição de direitos pelo Estado. No caso das restrições impostas pelo sistema disciplinar prisional, elas ocorrem por meio das sanções disciplinares que, por meio de variados efeitos e consequências engatilhados com sua imposição, flexibilizam os termos e condições da pena, o que, em última análise, também importam em afetação similar dos mesmos direitos atingidos pelo sistema punitivo típico. Assim, na execução penal, como se passa a explicar, os fatos ocorridos no contexto do regime disciplinar – ou seja, que não guardam nenhuma relação com o fato originário da sanção penal para além de ser aquele fato o motivo da submissão ao aparelho executivo e ao regime disciplinar – acabam estabelecendo um "[...] modelo de 'pena flexível', no qual o sofrimento legal juridicamente determinado pelo fato punível acaba por ser meramente virtual em relação à punição efetivamente aplicada após a sentença condenatória".[21]

São várias, como se passa a expor, as possibilidades de afetação dos direitos e liberdades dos apenados pelo exercício do poder disciplinar prisional,

[21] PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena*: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 201.

de forma que não só o juízo tem a capacidade de fato de flexibilizar a pena aplicada aos apenados, como os próprios agentes da administração prisional também detêm meios legítimos de alterar a quantidade de sofrimento imposto com a pena. Nesse sentido, o estado de direitos do apenado pode ser alterado: pela condenação em qualquer grau de falta disciplinar (leve, média ou grave), pois elas podem justificar a consideração do não cumprimento dos critérios subjetivos de comportamento estabelecidos e, assim, impedir direito como a progressão de regime (art. 112 da LEP), saída temporária (art. 123 da LEP), livramento condicional (art. 83 do CP), dentre outros em que o bom comportamento é exigido; pela condenação por falta disciplinar grave que repercute com a possibilidade de inclusão no regime disciplinar diferenciado (art. 53, V da LEP), suspensão ou restrição de direitos (art. 53, III da LEP), isolamento do apenado (art. 53, IV da LEP), regressão de regime (art. 118, I, da LEP), perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos (art. 127 da LEP), perda do direito de saída temporária (art. 125 da LEP), impossibilidade de contemplação pelos decretos de indulto e comutação da pena (deixa de cumprir o critério subjetivo), interrupção do prazo para a progressão de regime; ou pela simples implicação como suspeito de praticar falta disciplinar, uma vez que há a possibilidade de isolamento cautelar do apenado, que além dessa restrição acaba também impedido de trabalhar e estudar e, consequentemente, diminuir sua pena pela remição, ademais, pode ter outros direitos obstados (como a progressão de regime, indulto, comutação, saída temporária, dentre outros que estabelecem o cumprimento de critério subjetivo de comportamento) até que se julgue definitivamente a ocorrência da falta. Verificada essa realidade são pertinentes as palavras de R. D. E. Roig quando diz:

> De todo modo podemos concluir que a execução da pena no Brasil, especialmente em sua vertente disciplinar, padece de uma exclusiva subjetivação, tendente a transpor as fronteiras da legalidade e sublimar a pessoa do apenado, desconsiderando a concretude do fato e a própria natureza externa da ação faltosa. Em lugar de um julgamento disciplinar fundado na objetividade jurídica da falta, realiza-se uma autêntica anamnese da periculosidade da periculosidade do autor frente à incolumidade estrutural da prisão, em que a falta é tida como um desvio antagônico aos fins colimados pela execução e o preso é tratado como um foco infeccioso no interior do "sadio" organismo do cárcere.[22]

[22] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 145.

A possibilidade de flexibilização da pena no momento da execução penal é, portanto, uma realidade inegável, sendo perceptível, como destaca L. Ferrajoli na citação disposta a seguir, dois momentos de definição da pena, sendo o segundo, referente à flexibilização da pena na execução particularmente pernicioso dada essa possibilidade.

> Esta dupla função da pena – exemplar no momento da condenação, disciplinatória e comprometedora no momento da execução – confere às instituições punitivas um caráter fortemente potestativo e totalizante. Disso segue-se uma sorte de duplicação do trabalho judicial: a pena, depois de ter sido determinada pelos juízes em relação com o delito praticado, deverá redeterminar-se pelos órgãos encarregados da execução em relação com a conduta na prisão. Confere-se, assim, a estes órgãos um poder imenso e incontrolado: a pena quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada em sede de execução não é menos despótica do que as penas arbitrárias pré-modernas, das quais difere somente porque o arbítrio, em lugar de esgotar-se no ato de sua imposição, prorroga-se durante todo o curso de sua aplicação.[23]

Nesse aspecto, a pena flexível, ao instruir de um modelo negocial para a pena no momento da execução[24], deve estender a esse âmbito a mesma preocupação apontada à interferência do Estado pelo processo penal, afinal, como leciona L. Ferrajoli, ela: "[...] quer dizer, na verdade, flexibilidade também dos pressupostos das penas; e esta flexibilidade, como a experiência ensina, supõe o esvaziamento da lei e do juízo e, portanto, a dissolução de todas as garantias,

---

[23] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2010, p. 375.

[24] Como bem destaca L. Ferrajoli quando estabelece que: "A segunda finalidade outorgada à execução é a correção do réu num sentido verdadeiramente disciplinar. Os benefícios e as reduções de pena concedidos com as medidas alternativas resultam de fato condicionado, no sistema da pena flexível, à boa conduta do réu, ao seu arrependimento ou a outros juízos de valor semelhantes em torno da sua personalidade. Compreende-se o caráter acentuadamente negocial que desta forma vem a assumir a vida carcerária: o preso que pretenda aproveitar os benefícios deverá oferecer cotidianamente provas de sua sensibilidade e disponibilidade ao tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória. O sinalagma permanente entre interiorização da pessoa e perspectiva de libertação antecipada transforma-se, assim, num instrumento de governo da prisão, graças ao controle disciplinar e ao submetimento moral dos presos às autoridades carcerárias que o mesmo assegura." (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2010, p. 375.)

tanto penais quanto processuais."[25] Isso porque, como se viu, em termos de potencialidade lesiva aos direitos humanos fundamentais, a sanção disciplinar prisional equivale a uma sanção penal propriamente dita, tanto que, excluídas as sanções disciplinares capazes de flexibilizar a pena, o apenado a cumpriria em menos tempo e/ou em regime menos gravoso, ou seja, sofreria menor restrição dos seus direitos e liberdades mais caros. Não por outro motivo afirma P. L. Cacicedo que:

> Os efeitos concretos que uma sanção disciplinar implica na esfera de liberdade da pessoa criminalizada, de fato, reclamam o reconhecimento da natureza penal das normas que disciplinam a matéria, com a consequente aplicação das garantias constitucionais de proteção do indivíduo contra o poder punitivo.[26]

Nesse estado de coisa, o grande problema posto é que o sistema disciplinar prisional sancionatório vigente acaba por compreender espécies enrustidas de sanção penal, mas essas são impostas em meio estanho às diversas garantias individuais que, diante o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, são inafastáveis quando à afetação de direitos humanos fundamentais está em jogo. Tem-se, portanto, na disciplina prisional um sistema que, em seus efeitos, imputa sanção tipicamente penal, todavia, esse está alheio às razões e garantias do direito e do processo penal, estabelecidas com o objetivo de proteger os indivíduos do poder estatal.

> Estruturados no defensivismo profilático, os instrumentos de consolidação desta técnica de maleabilidade do julgado são as sanções disciplinares e os laudos e perícias criminológicas, visto que peças decisivas na avaliação judicial do 'estado perigoso', do arrependimento, da boa ou má adaptação do sujeito à prisão *et coetera*. É este poder ilimitado que transforma em *total e liberticida a instituição carcerária:porque reduz a pessoa a uma coisa, colocando-a inteiramente nas mãos de um outro homem, ofendendo com isso a sua dignidade, seja quem for aquele que deve decidir.*[27] (Grifos nossos)

---

[25] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2010, p. 377.

[26] CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores. *In: R. EMERJ, Rio de Janeiro*, v. 18, n. 67, p. 306-316, jan./fev. 2015, p. 309-310.

[27] CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 197.

Portanto, por também se tratar de um sistema de imputação de responsabilidade com consequente aplicação de sanção com conteúdos tipicamente penais (entende-se: a privação de direitos e liberdades fundamentais mais caros a própria condição humana), não há razão para que, no quadro de similaridades apresentado acima entre o sistema punitivo e o sistema disciplinar prisional, as razões e as garantias do sistema processual penal que fundamentam a presunção de inocência naquele que não sejam devidamente importadas a esse. Até porque, ante o atual paradigma democrático apresentado no capítulo anterior, a mesma justificativa de limitação e controle do poder do estado, em favor da primazia reconhecida à dignidade e aos direitos humanos, que fundamenta a aplicação dessa garantia em um sistema, também fundamentará a aplicação no outro.

Nesse sentido, não pode haver outra conclusão senão a de que o direito à presunção de inocência, uma das garantias mais importantes a defesa do indivíduo perante a força e arbítrio do Estado, é aplicável e se faz necessária na constituição e efetivação do regime disciplinar prisional.

Acolhendo essa mesma lógica, a Espanha, por exemplo, também reconhece uma dimensão extraprocessual à presunção de inocência, como apresenta J. F. Beltran quando analisa as distintas facetas desenvolvidas pela jurisprudência espanhola acerca da presunção de inocência.

> Além dos aspectos estritamente processuais que são declarados inerentes à presunção de inocência, existiria também como direito fora do processo judicial. Com efeito, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a presunção de inocência também '*opera em situações extraprocessuais e constitui o direito a receber a consideração e o tratamento de não-autor ou partícipe em fatos de caráter delituoso ou análogos a esses e determina, em consequência, que o direito a que não se apliquem as consequências ou os efeitos jurídicos atribuíveis a fatos de tal natureza às relações jurídicas de todo tipo*' (STC 109/1986, F. J. 1º).[28] (Grifos nossos)

Segundo o autor supracitado, a Espanha aplica a presunção de inocência em dois tipos de situações extraprocessuais: na relação entre particulares ou quando o poder sancionador do Estado está envolvido. Para o presente texto apenas o segundo interessa, sendo ele, como o próprio autor aponta, a menos problemática, "pela evidente analogia dele com o processo penal" [29].

---

[28] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Tradução: Janaina Matida. *In*: *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, p. 153-154.

[29] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Tradução: Janaina Matida. *In*: *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. p. 153-154.

Essa função garantidora, entretanto, não é consagrada de forma ampla e sistemática no exercício da disciplina prisional no Brasil, como se verá no capítulo a seguir, apesar dele guardar, como visto acima as mesmas razões e justificativas que sustentam o reconhecimento da presunção de inocência e seus significados no sistema penal. Sendo assim importante, se pretendendo aproximar a execução penal do ideal de Estado Democrático, reconhecer a ampla aplicação e os efeitos da presunção de inocência ao regime disciplinar prisional. Afinal, a presunção de inocência representa uma manifestação de um Estado eminentemente democrática que também deve alcançar a realidade disciplinar intramuros, importando obstáculo ao autoritarismo e excessos em um dos meios mais violentos e temerários de relação entre Estado, sociedade e indivíduo. Isso, porque como já foi visto os significados reconhecidos a sua aplicação – como princípio informador do processo penal, como regra de tratamento e como regra de julgamento – impõem um conjunto de regras que informam e vinculam a atuação do Estado e de seus agentes de forma que a presunção da inocência se impõe como uma barreira ao afã punitivo, exigindo para tal nada menos do que a certeza inequívoca da culpa. Não por outra razão, a presunção de inocência é considerada um dos princípios cardeais do poder punitivo estatal, substantivo e formal[30].

3. A APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA AO SISTEMA DISCIPLINAR PRISIONAL BRASILEIRO

Diante tudo o que foi exposto fica evidente, se considerado o atual paradigma de Estado Democrático de Direito, a necessidade de reconhecimento do direito a presunção de inocência no âmbito de atuação estatal referente ao regime disciplinar prisional. Verdade essa reconhecida por R. D E. Roig, que afirma categoricamente que: "Apesar de soar paradoxal, o princípio da presunção (estado) de inocência também é aplicável a pessoas já definitivamente condenadas, sobretudo quando estas são submetidas a processo administrativo em virtude de acusação pela prática de falta disciplinar, durante a execução da pena"[31]. A prática de fato do poder disciplinar prisional, no entanto, não

[30] MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 38.

[31] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82.

acolhe em sua constituição e rotina a atenção necessária ao direito a presunção de inocência.

Tal inaplicação ocorre porque o meio de realização do poder disciplinar prisional ainda permite, por diversos fatores, amplos espaços de discricionariedade aos agentes da administração prisional, o que nada mais é do que a negação do princípio liberal de primazia dos direitos humanos sobre os interesses punitivos do Estado, donde exsurge o direito a presunção de inocência. A bem da verdade, a execução penal ainda é pensada e aceita longe de parâmetros democráticos básicos[32], fundando-se de forma pública e inadvertida como um sistema totalitário de controle e conformação dos sujeitos desviantes, onde as orientações correcionista, aliada a postura demasiadamente defensivista de restrições antecipadas em função do receio de abusos e desvios dos presos, fixam a primazia dos interesses e funções do aparelho de execução penal em relação aos direitos e garantias dos presos. Sobre isso, R. D. E. Roig aponta que:

> A execução penal em nosso país ainda é finalisticamente orientada para a proteção de certos "bens jurídicos", tais como ordem, disciplina e segurança, corriqueiramente usados como pretexto para a violação de direitos fundamentais das pessoas presas. Esta é de fato uma realidade mundial atual. Conforme explica Gustavo Arocena, muitas vezes os riscos para os direitos fundamentais das pessoas presas decorrem da sobrevalorizada centralidade que a agência penitenciária atribui às questões relativas à segurança, disciplina e ordem interna no estabelecimento carcerário, sendo frequente que o pessoal penitenciário ajuste toda a sua atividade no sentido de um controle estrito que evite possíveis desviações, sem reparar nas eventuais afetações aos direitos das pessoas presas.[33]

O regime disciplinar prisional, à disposição das discricionariedades dos agentes da execução penal detentores do poder disciplinar (especialmente o pessoal penitenciário, mas também outros agentes do governo, juízes, promotores, etc.), é utilizado primordialmente para cumprir aos interesses oficiais e subterrâneos desses sujeitos e das instituições as quais eles pertencem. O que

---

[32] Apoiando essa ideia S. de Carvalho afirma: "Importante notar, todavia, que as disciplinas, instrumento moderno do poder, estão diametralmente opostas ao regime de legalidade do Estado de Direito, sendo impossível concebê-las no interior da estrutura jurídica garantista, tanto no plano do ser (eficácia) quanto do dever ser (validade formal-material)" (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181).

[33] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197-198.

redunda, ante as demandas por maior controle e submissão dos presos, no domínio totalizante de quase todos os aspectos da vida intramuros pelas mecânicas disciplinares, e na consequente inflação dos sofrimentos, obrigações, proibições, restrições e sanções que, impostos a fim de modular os comportamentos e atitudes dos presos, conduzem a submissão dos presos aos mandamentos de ordem e de segurança da execução penal. Ainda que isso mine os direitos e suspenda qualquer autonomia dos presos sobre a própria vida. Assim, na medida da conveniência das agendas retributivistas, correcionistas e defensivistas do poder público e dos agentes detentores do poder disciplinar prisional, o âmbito e o número de privações impostos pela pena podem ser ampliados, bem como também se pode restringir ou até mesmo suspender completamente certos direitos dos presos. Nesse passo, afirmam D. Melossi e M. Pavarini que:

> O poder de punir é totalmente discricionário. Não existe de fato um regulamento que contemple as hipóteses em que a sanção possa/deva ser aplicada, nem se conhece o órgão disciplinar que deva decidir a esse respeito. O poder disciplinar se identifica, pois, com o exercício do poder tout-court: 'O direito dos carcereiros sobre as pessoas dos prisioneiros é o do pai sobre os filhos, o do professor sobre os alunos, o do instrutor sobre os aprendizes, do capitão sobre a tripulação' [Relatório de G. Powers (1827, p. II), citado por G. Beuamont e A. H. Toqueville, On the Penitentiary System in the United States, p. 44].[34]

Esse estado de coisa é possível em razão do amplo espaço de discricionariedade disponível aos detentores do poder disciplinar prisional, não havendo limites concretos e efetivos ao exercício do poder punitivo-disciplinar dentro das unidades prisionais e, consequentemente, nem equilíbrio no embate de interesses conflitantes da execução penal. Isso porque a posição de domínio das instituições prisionais (e seus agentes) sobre os presos, alinhada à falta de compromisso para com a situação de direitos dos presos e à ampla liberdade de escolha sobre a oportunidade e a conveniência das políticas e práticas disciplinares intramuros, permitida pela ainda faltosa legalidade[35], garantem a modulação quase que irrestrita da pena e da rotina prisional pelo poder punitivo-disciplinar, de forma a empenhar preferencialmente os

---

[34] MELOSSI, Darío; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 229.

[35] "[...] Embora disponha de duzentos e quatro artigos, a lei de execuções penais dedica apenas dezoito ao processo, demonstrando, em linhas gerais, como há muito salientou Ada Grinover, uma certa falta de atenção da lei para com as garantias processuais das partes e da jurisdição." (PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. *In: Crítica à execução penal*. 2.

interesses do Estado e de seus agentes. Uma predileção que resulta, ante a já mencionada influência das agendas repressiva, defensivista e reformista na realização do poder disciplinar prisional, na realização de regimes disciplinares prisionais altamente restritivos e avessos aos ideais do Estado Democrático de Direito de humanização e defesa dos direitos individuais frete aos arbítrios do Estado.

Pontuando os efeitos dessa realidade, assevera R. D. E. Roig, que:

> Assim, a fria análise dos elementos do 'injusto prisional' é ofuscada pelo exasperado temor quanto ao risco que uma eventual absolvição pode representar para a manutenção da ordem. Como se vê, a decisão não se orienta por critérios técnicos, mas tão somente utilitários. Este padrão estabelece verdadeiras sanções sem preceitos e fulmina o princípio do contraditório, haja vista a inviabilidade da inquirição acusatória e de refutação defensiva quanto aos juízos valorativos atribuídos ao indivíduo. O ônus da prova da periculosidade é então covardemente invertido do Estado para o próprio preso, que precisa demonstrar que a imputação valorativa que lhe é atribuída não procede.[36]

Nesse estado de coisas, no que se refere à garantia da presunção de inocência, percebe-se que o acolhimento de seus preceitos está sujeito à boa vontade dos operadores do sistema disciplinar, o que em essência, significa a negação desse direito, afinal, ele é posto justamente para limitar a discricionariedade do poder estatal garantindo direitos humanos fundamentais. Assim, o que se observa na realidade é que o direito humano à presunção de inocência é violado sistematicamente na execução penal, bastando notar, para se constatar a verdade dessa afirmação, o peso que se dá aos juízos de periculosidade dos presos, que subordina a aferição de vários direitos reconhecido ao apenado, como aponta a citação a seguir.

> Subordinar a concessão dos direitos da execução penal à presunção de que o condenado não voltará a delinquir significa claro atentado ao princípio do estado de inocência, na medida em que vincula o gozo de um direito ao mero exercício de futurologia, sem amparo empírico, além de transversamente impor a inversão do ônus da prova em desfavor do próprio preso. Aliás, qualquer decisão que deixa de se orientar por critérios técnicos em favor de critérios utilitários e periculosistas causa prejuízo ao princípio do

ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 407-415, p. 414).

[36] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 145.

> estado de inocência, pois inverte o ônus da prova da periculosidade do Estado para a pessoa presa, que precisa provar a improcedência do juízo valorativo a ela atribuído.[37]

Ante o que foi exposto, não há outra conclusão possível do que a necessidade de se quebrar essa realidade. O paradigma Democrático, norte de toda a atuação do Estado, demanda de forma inequívoca a prevalência do respeito ao direito à presunção de inocência, não sendo possível admitir que um meio tão pernicioso e efetivo na afetação dos direitos humanos fundamentais prevaleça aquém daquela garantia. Nesse sentido, importantes as palavras de S. de Carvalho:

> [...] imprescindível desenvolver severa crítica à 'falácia politicista', pensamento predominante na esfera da Execução Penal, baseado na idéia de que é suficiente a ação do Poder Executivo, de que basta um 'bom poder' para satisfação das garantias. Como adverte Ferrajoli, é ilusório pensar que poder existir um 'bom poder', idôneo para tutelar os direitos, sem a mediação de complexos sistemas normativos de garantias com capacidade de limitá-lo, vinculá-lo, instrumentalizá-lo e, se necessário, deslegitimá-lo e neutralizá-lo.[38]

O princípio deve, portanto, ser aplicado de maneira ampla no âmbito da disciplina prisional, ou seja, deve recepcionar os diferentes enfoques de aplicação apontados anteriormente, quais sejam: como *princípio informador da atuação Estatal*, como *regra de tratamento* do acusado, e como *regra de julgamento* do caso.

Desta maneira, a constituição do sistema de disciplina prisional, no que concerne ao enfoque da presunção de inocência como *princípio informador da atuação Estatal*, deve se orientar pelos preceitos da presunção de inocência, vinculando-se, tanto no momento de constituição do sistema e de seus institutos quanto no efetivo exercício de seu poder, ao respeito do estado de inocência dos suspeitos de indisciplina até constatação definitiva e formal da sua culpa. Assim, não poderá o Estado, por exemplo: impor como critérios de aferição de direitos pautados em análises futurísticas de periculosidade; nem

---

[37] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

[38] CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: Crítica à execução penal. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 417-427, p. 418-419.

estabelecer práticas internas que vasculham a intimidade dos presos sem a suspeita concreta (e a devida autorização) para tal, como acontece normalmente com a leitura e censura de todas as cartas enviadas e recebidas pelos presos[39].

Com relação ao enfoque dado ao direito como *regra de tratamento*, impõe-se que o apenado suspeito de ter cometido uma falta disciplinar seja trata como se inocente fosse, até a constituição da sua culpa, ou seja, deve-se manejar os institutos da disciplina prisional para que os efeitos negativos desse envolvimento sejam reduzidos ao máximo. Nesse sentido, enquanto não sobrevier uma definição definitiva sobre a falta disciplinar, deve-se conservar a rotina e estado de direitos do apenado, reduzindo ao mínimo necessário às intervenções de âmbito cautelar e a aferição de direitos prisionais e benefícios. No caso, por exemplo: o isolamento em cela ficaria restringido apenas aos casos terminantemente indispensáveis, e de forma que a consequente perda dos dias de trabalho e estudo durante o período de isolamento sejam completamente mitigadas em qualquer hipótese; ademais, a conquista de um direito prisional com saída temporária, progressão de regime, entre outros não pode ser obstada pela mera suspeita de falta, devendo ocorrer normalmente, afinal, presume-se a inocência do apenado, de forma que, se e somente quando constatada a culpa é que esses deverão ser revistos.

Por fim, em relação ao enfoque referente à presunção de inocência como Regra de Julgamento, deve-se importar os mesmos critérios a serem seguidos na técnica de averiguação e julgamento do fato crime na averiguação e julgamento das faltas disciplinares. Desta forma, a estrutura de instrução e julgamento das faltas deve-se aproximar de uma estrutura tipicamente acusatória, assim, o indivíduo suspeito de indisciplina deve ficar exonerado de provar que não cometeu a falta, devendo a acusação carear as provas da culpabilidade, de forma que a ausência dessas implicará necessariamente na absolvição do sujeito pelo juízo.

---

[39] Nesse sentido: "Com efeito, restringir ou violar a correspondência das pessoas presas com base em mera probabilidade de práticas ilícitas importaria afirmar que todos eles são permanentemente suspeitos de dirigir organizações criminosas, planejar fugas e praticar delitos por meio epistolar, assertiva esta que viola o princípio da presunção (estado) de inocência, aproximando-se ainda de um modelo de controle penal atuarial (amparado pela noção de periculosidade atuarial)". (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147-148)

CONCLUSÃO

Demonstrou-se com o presente artigo a simetria entre a forma de intervenção do poder punitivo penal e a intervenção exercida pelo poder disciplinar prisional de modo que se pode apontar que as duas fontes de intervenção do Estado sobre os indivíduos se estabelecem sobre esquemas muito parecidos no que concerne à estrutura organizacional e ao impacto sobre o universo de direitos fundamentais.

Diante dessa simetria, justificou-se que as mesmas razões acolhidas na consideração da presunção de inocência como uma garantia indissociável do processo penal, ante a sua posição limitadora do interesse punitivo do Estado e da sociedade em favor de direito humanos fundamentais, deveriam também ser acolhidas ao âmbito de atuação do poder disciplinar prisional. Isso, porque, a partir da aferição de responsabilidade em modo muito próximo ao exercido pelo poder punitivo típico, os possíveis efeitos modeladores da pena com o exercício do poder disciplinar, permitidos em razão da flexibilização da pena na execução penal, conferem ao sistema disciplinar a concreção de mecanismo sancionador com efeitos também tipicamente penais. Nesse passo, em respeito ao paradigma democrático vigente, reconheceu-se a necessidade do direito a presunção de inocência no âmbito da disciplina prisional, como critério limitador do poder estatal ali exercido.

Em continuidade, constatou-se que, apesar da necessidade firmada, aos critérios de garantia postos pelo princípio da presunção de inocência são estranhos a realidade prática da execução penal, sendo a aplicação de seus preceitos dependente da discricionariedade e boa vontade dos agentes públicos detentores do poder disciplinar. Situação que representa verdadeira negação ao princípio no âmbito da execução penal, pois sua função é limitar a discricionariedade, não servir a ela como moeda de troca.

Por fim, voltou-se a afirmar a necessidade de aplicação da presunção de inocência para além do seu campo natural de atuação, o processo penal, de forma a defini-la, em termos gerais, ao universo de relação dos regimes disciplinares intramuros. Importou-se assim para a realidade fática da execução penal os diferentes enfoques de aplicação do direito a presunção de inocência, considerando seus efeitos como princípio orientador da atuação estatal, como regra de tratamento e regra de julgamento, de forma a aproximar, no que cabe ao direito trabalhado, realidade verificada aos parâmetros democráticos típicos de um sistema acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROCENA, Gustavo Alberto. La ejecución penitenciaria en el ordenamiento jurídico argentino. Princípios básicos. *In*: *Teoría y prática de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires [Argentina]: BdeF, 2010, p. 111-161.

AZEVEDO, Lucas Frederico Viana. *O hiato de legalidade do regime disciplinar prisional do estado de Minas Gerais*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientador: Túlio Lima Vianna. Manuscrito, 2017.

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

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Tradução: Janaina Matida. *In*: *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Lex:* Diário Oficial de 7 de julho de 1992, p. 8716.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Lex:* Diário Oficial da União – Seção 1 – 9 de novembro de 1992, p. 15562.

CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores. *In*: *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306-316, jan./fev. 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/ edicoes/revista67/revista67_306.pdf>. Acessado em: 16/12/2018.

CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. *In*: *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 417-427.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, Jose Jairo. *O Processo penal a luz do Pacto de São Jose da Costa Rica*. Curitiba: Jurua, 1997.

FENOLL, Jordi Nieva. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. In: *InDret – Revista para el análisis del derecho*. v. 1. 2016. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1203_es.pdf>. Acessado em: 17/12/2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2010.

LOPÉZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel Publicaciones, 2005.

MELOSSI, Darío. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencia. Pamplona: Aranzadi, 1999.

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. *In*: *Crítica à execução penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 407-415.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien Jurídico y función en Derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

A FALTA GRAVE DE PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REPERCUSSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL

Lucas Ribeiro Rodrigues[1]

INTRODUÇÃO

É tema recorrente no ambiente acadêmico, por vezes tratado até pela mídia, a precária e alarmante situação do sistema carcerário brasileiro, o que levou, inclusive, ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347[2], do "estado de coisas inconstitucional".

---

[1] Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

[2] EMENTA: 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 caraterizado 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 Civis e Políticos e 7.5 da Convenção

Diante de tantos problemas, sobretudo o da superlotação das penitenciárias e da alta taxa de reincidência, as discussões, em sua maioria, se mantêm restritas a proposições de medidas de política pública, como construções de novos presídios, avanço da privatização do sistema penitenciário, criação de novas APACs (Associações de Proteção e Assistência ao Condenado), investimento em tornozeleiras eletrônicas, mas raramente são promovidos debates profundos sobre as bases legais do sistema de Execução Penal brasileiro à luz dos direitos e garantias constitucionais.

É ingênuo acreditar que as recorrentes violações a direitos fundamentais de cidadãos presos, destacadas até pela comunidade internacional, serão resolvidas com melhorias no tratamento assistencial, ou com novas edificações, quando na realidade se releva urgente a necessidade de reconstrução e revisitação dos institutos jurídicos relativos à Execução Penal, conforme os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa perspectiva, este estudo se propõe analisar a falta disciplinar, de natureza grave, consistente na prática de fato previsto como crime doloso, inserta nos artigos 52, *caput*, e 118, inciso I, Lei de Execução Penal, nº 7.210, de 11 de julho de 1984, à luz do princípio da presunção de inocência.

No primeiro capítulo, como pressuposto necessário, defende-se que a execução é uma fase própria do processo penal e possui natureza jurisdicional, de maneira que o apenado não mais ocupa a posição de mero objeto, e sim a de pessoa que, apesar de definitivamente condenada, não perde sua dignidade humana e, portanto, deve ter respeitado seus direitos e garantias constitucionais não alcançados pela sentença condenatória transitada em julgado.

Sob esse viés, o estudo faz uma breve exposição acerca do princípio da presunção de inocência como direito fundamental e sua repercussão na Execução Penal, a partir de seus efeitos irradiantes e do espaço que ocupa como norma de tratamento.

Em seguida, descreve, do ponto de vista da LEP, o que consiste a falta disciplinar de natureza grave.

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. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18/02/2016 PUBLIC 19/02/2016)

Mais adiante, o trabalho propõe, com base em pesquisa preliminar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a necessária compatibilização da prática de fato previsto como crime doloso com a presunção de inocência, sustentando, ao final, na contramão do entendimento dos tribunais superiores, a necessidade do trânsito em julgado do fato superveniente para se configurar a dita falta disciplinar grave.

1. A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Antes de adentrar no exame do objeto do presente estudo, sobretudo quanto ao alcance da presunção de inocência, é imprescindível fazer algumas considerações acerca da natureza jurídica da Execução Penal, a qual pode ser classificada com base em três sistemas: administrativo, jurisdicional e misto.

Num primeiro momento, a Execução Penal era compreendida como exclusivamente administrativa[3], de maneira que, depois da sentença condenatória definitiva, se encerrava o processo penal e iniciava a atividade de cumprimento da punição pelo Estado-Administração, ou seja, pelo Poder Executivo, a quem incumbia concretizar a expiação da culpa do condenado, objeto da administração penitenciária. Segundo Salo de Carvalho[4], a base para esse entendimento foi influenciada pela teoria da tripartição dos poderes:

> É que a tradicional teoria da tripartição dos poderes limitou a atividade jurisdicional ao momento da sentença condenatória. Transitada em julgado a decisão, caberia ao órgão administrativo sua execução.

Considerar a execução da pena como matéria unicamente administrativa implicava assim, todas as repercussões próprias do Direito Administrativo, dentre elas, a supremacia do interesse público sobre o individual.

Já por volta das décadas de 70 e 80, do século passado, fortaleceu-se outra vertente doutrinária, que ainda é defendida nos dias de hoje, pela necessidade de avanço da jurisdicionalização sobre a Execução Penal, sem se descartar sua coexistência com elementos da atividade administrativa. Essa passa a ter,

---

[3] Nesse sentido, Adhemar Raimundo Silva ensinava que "cessada a atividade do Estado-jurisdição com a sentença final, começa a do Estado-administração com a Execução Penal". (SILVA, Adhemar Raimundo. *Estudos de Direito Processual Penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 57-68.)

[4] CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 154.

então, uma natureza jurídica mista ou híbrida, pois diversos elementos próprios do sistema executivo penal são mantidos como típicos do direito administrativo (penitenciário), embora alguns incidentes dependam do âmbito judicial. Essa linha foi defendida por Ada Pellegrini Grinover[5]:

> [...] não se nega que a Execução Penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estatais: o Judiciário e o Executivo.

Atualmente, a concepção mista é defendida por Guilherme de Souza Nucci[6]:

> 3. Natureza jurídica da Execução Penal: cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. [...] O ponto de encontro entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados pelo Executivo e sob sua responsabilidade. É certo que o juiz é corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no Estado, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

Ainda sobre a progressiva jurisdicionalização da Execução Penal, depois de publicada a Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, Alberto Silva Franco[7], em obra datada de 1986, contribuiu relevantemente para a crítica ao administrativismo, sustentando que o devido processo legal não deveria se restringir apenas aos incidentes de execução, mas a toda execução da pena privativa de liberdade:

> [...] A jurisdição não se desvincula, em definitivo, do processo a partir do dia da entrega de sua prestação. A sentença penal condenatória transcende, em verdade, à tarefa de concretização do poder punitivo estatal, e o cumprimento da pena continua a ser dirigido e controlado pelo Estado-Juiz. Bem por isso, a execução da pena privativa de liberdade não pode permanecer adstrita à esfera da administração penitenciária: deve ser necessariamente jurisdicionalizada.

---

[5] GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da Execução Penal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). *Execução Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2, p. 187.

[7] FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 103.

Ademais, o preso não é mero objeto de um procedimento administrativo: é sujeito de direitos frente ao Estado e, desta forma, não lhe pode ser negada a tutela jurisdicional se ocorrer alguma situação conflitual. [...]

O 'devido processo legal' não é só exigível nos denominados 'incidentes de execução', mas também em relação à execução da pena privativa de liberdade, como um todo. O cumprimento da pena não é 'algo estático e quieto', mas uma atividade que dinamicamente se agrava ou se atenua. A tais vicissitudes não deve permanecer estranha a jurisdição. [...]

Quanto à problemática do modelo misto de Execução Penal, Salo de Carvalho[8] estende a mesma crítica aplicável a quem sustenta a coexistência de um sistema híbrido (inquisitivo-acusatório) no processo penal:

> Imprescindível notar, preliminarmente, a impossibilidade de existência de um sistema jurídico híbrido ou misto, seja ele processual, penal ou penalógico, como inúmeros autores postulam. A característica dos sistemas, como a dos paradigmas e dos tipos ideais, é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. O modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. O sistema executivo é jurisdicional ou administrativo.

Claro que se pode visualizar no interior de um modelo normativo garantista (acusatório) práticas ou regras antigarantistas (inquisitoriais). Todavia, estas não descaracterizam a matriz original, apenas a maculam. [...]

O sistema jurisdicional, defendido no presente trabalho tem suas matrizes, em primeiro lugar, constitucionais, não só no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição de República de 1988, mas também nas garantias que norteiam o modelo constitucional de processo penal – processo entendido tanto na fase de conhecimento quanto na de execução –, não havendo impeditivos para a incidência, dentre outros, dos princípios do acusatório (art. 129, I, da CR/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), do contraditório (art. 5º, LV, da CR/88), da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI, da CR/88), da fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CR/88) e até mesmo da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR/88).

---

[8] CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 170-171.

Na perspectiva infraconstitucional, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) consagrou, ao menos normativamente (ou formalmente), o procedimento jurisdicional[9]. Nesse sentido, extrai-se do próprio texto da LEP a previsão de que a jurisdição será exercida no processo de execução pelos juízes e tribunais da justiça ordinária em todo o território nacional (art. 2º); a garantia aos condenados de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º); o estabelecimento da competência para a execução da pena a juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao juiz da sentença – e não da autoridade administrativa – (art. 65); e a adoção do procedimento judicial a ser desenvolvido perante o juízo da execução (art. 194).

Demonstrado, então, que a natureza jurisdicional da Execução Penal é a que mais se coaduna com o modelo traçado na Constituição da República de 1988, não mais havendo espaço para o sistema administrativista ou mesmo para um insustentável modelo misto, o trabalho dará enfoque ao princípio presunção de inocência e sua repercussão na fase de execução da pena.

---

[9] Conforme se compreende da leitura dos itens 10 a 12 da Exposição de Motivos n. 213 da Lei de Execução Penal, de 09 de maio de 1983: "10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal. 11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantia do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais. 12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, evoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionalizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal." (BRASIL. *Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 01/07/1983)

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA REPERCUSSÃO NA EXECUÇÃO PENAL

Como já salientado, o condenado, excetuada a limitação de sua liberdade, não perde seus direitos fundamentais quando se vê preso definitivamente.

Em razão disso, como bem pondera Aury Lopes Jr.[10]:

> Não constitui nenhuma *heresia* falar em presunção de inocência em relação ao que já foi condenado de forma definitiva, pois estamos tratando dos fatos supervenientes à sentença condenatória.

Em relação a esses fatos supervenientes, o apenado continua protegido pelo manto constitucional da presunção de inocência, vista como garantia de estado jurídico e de tratamento. (Grifos nossos)

Nesse sentido, a presunção de inocência, antes direito humano (positivado na ordem internacional), marcada, inicialmente, pela construção iluminista dos pensadores franceses do século XVIII, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 9º[11], se tornou vinculativa[12] na ordem jurídica interna dos países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, estando prevista no art. 11, item 1[13].

---

[10] LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade de garantista. *In*: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 383.

[11] "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."

[12] Muito embora não tenha forma de tratado internacional, já que a DUDH se trata de uma Resolução da Assembleia Geral da ONU (Resolução 217-A (iii)), adota-se no presente artigo a posicionamento de Flávia Piovesan na linha de que a DUDH tem força cogente: "Para esse estudo, a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão "direitos humanos" constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estado assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional." (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 240-241)

[13] "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."

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a presunção de inocência foi prevista no art. 14, item 2[14], e no art. 8º, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)[15].

Como direito fundamental, isto é, como norma (princípio) positivada na ordem jurídica interna do Brasil, o princípio decorre do art. 5º, LVII, da CR/88[16]. Assumindo tal condição de direito fundamental, o princípio em questão pode ser compreendido em suas dimensões subjetiva e objetiva.

Em seu aspecto subjetivo, a saber, na relação estabelecida entre indivíduo e Estado ou entre titular e destinatário, os direitos fundamentais não se restringem à mera abstenção estatal ou às liberdades negativas da primeira geração de direitos humanos, sendo imprescindível também um agir estatal na efetivação desses. Acerca disso, Maurício Zanoide de Moraes[17] esclarece que:

> O direito fundamental, portanto, do ponto de vista do indivíduo, é um direito subjetivo (fundamental) a lhe garantir uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado (destinatário daquela norma). Já do ponto de vista desse destinatário, o direito fundamental é uma norma de 'competência negativa', no sentido de impedir ou limitar suas possíveis atuações. O grau de exigibilidade ou de 'justiciabilidade' daquele direito é de intensidade variável e depende da normatividade de cada direito fundamental. Assim, por exemplo, na medida em que se asseguram aos indivíduos o direito ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CR) e o direito à inviolabilidade de sua casa (art. 5º, inciso XI, CR), proíbe-se o Estado de aplicar pena àquele titular sem antes submetê-lo ao processo justo ou, ainda, impede o ingresso de agentes policiais na residência alheia fora das hipóteses legais. Para que haja limites exigíveis pelo indivíduo em face do destinatário (em regra, público), é necessária a inscrição legal do direito para que se possa melhor auferir seu 'suporte fático amplo'.
>
> Sem se negar que exista entre indivíduo e Estado essa 'relação de subjetividade' inerente aos direitos fundamentais processuais penais, é importante destacar que a sua aceitação, sem maiores considerações, tem contribuído

[14] "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."

[15] "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

[16] "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

[17] MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 229-231.

> para uma acomodação doutrinária no âmbito processual. Acomodação representada pelo entendimento que os direitos subjetivos fundamentais dirigidos ao processo penal serão realizáveis apenas e tão somente com a abstenção de atuação estatal.
>
> [...] Como se vem notando com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, aquela espécie – direitos de defesa – carece de uma atuação positiva do Estado, não sendo suficiente apenas a abstenção estatal para sua realização plena. Nesse aspecto, a doutrina tem indicado que, ao lado da relação subjetiva perceptível pela dimensão subjetiva, há uma necessidade de atuação do Estado principalmente em nível organizacional e procedimental, ponto tratado mais adiante quanto analisarmos a dimensão objetiva dos direitos subjetivos fundamentais do processo penal. Por ora, no estudo da dimensão subjetiva, resta destacar, pelo até aqui exposto, que os direitos fundamentais processuais penais não se realizam plenamente apenas com a abstenção estatal, carece, também, de um agir estatal e várias órbitas.

A dimensão objetiva, isto é, a perspectiva voltada ao objeto do direito fundamental e sua máxima efetivação, permite a repercussão dos efeitos da norma sem o prévio estabelecimento da relação subjetiva do indivíduo e do Estado, impondo a este um agir que propicie os meios necessários para não só o exercício, mas também para a finalidade expansiva do direito fundamental. Maurício Zanoide de Moraes[18], nessa direção, explicita que:

> A dimensão objetiva teve sua importância revelada quando da inscrição dos direitos fundamentais sociais. Percebeu-se que os direitos fundamentais têm sua importância não apenas pelas relações subjetivas (obrigações, direitos, deveres, liberdades, garantias) que estabelecem, mas também pelo aspecto objetivo do disposto normativamente. Essa dimensão objetiva conforma, informa e parametriza todo o ordenamento jurídico e todas as ações públicas e particulares, tornando-se um complemento para a dimensão subjetiva. Nesse sentido, é a base da ordem jurídica coletiva a estabelecer uma cooperação e reciprocidade com o aspecto subjetivo da norma.
>
> Pela perspectiva objetiva, os direitos fundamentais projetam efeitos e exercem função mesmo que não haja uma necessidade específica de um indivíduo, ou seja, atuam sem que haja uma específica relação subjetiva entre cidadãos ou entre cidadão e Estado. A dimensão objetiva é uma 'mais valia' em relação à dimensão subjetiva e cobre espaços juspolíticos que esta última dimensão não abarcaria.

[18] Ibidem, p. 240-241.

> A disposição normativa de um direito fundamental, por força de sua inserção em nível hierárquico constitucional, estabelece critérios à atuação estatal na construção de toda uma infra-estrutura normativa, organizacional e procedimental destinada à maior efetivação dos direitos fundamentais, sem que para isso seja necessário estarmos diante de um caso específico.
>
> Na medida em que há uma escolha jusfundamental de natureza jurídico-objetiva, é necessário que o Estado crie previamente todo um arcabouço apto a propiciar o pleno exercício do direito elevado à categoria de fundamental. Nessa perspectiva, a dimensão objetiva não pauta e orienta a atuação do Estado apenas no instante em que o direito fundamental está sendo exercido por seu titular para a proteção do interesse (individual ou coletivo) contido na norma, mas também, e principalmente, em um momento anterior àquele exercício, a fim de propiciar as condições necessárias a uma efetivação mais abrangente possível.

Dessa dimensão objetiva, portanto, decorrem efeitos que podem ser irradiantes, assim definidos por vincularem o sistema jurídico, seja em sua criação, aplicação ou interpretação, e horizontais, compreendidos dessa forma por estenderem essa vinculação às relações entre particulares, e não só entre indivíduo e Estado.[19]

A presunção de inocência, portanto, como princípio constitucional e direito fundamental, também assume tais efeitos, como bem apresenta Maurício Zanoide de Moraes[20]:

> Quando se aplica o exposto para o efeito irradiante ao âmbito da presunção de inocência, verifica-se que, como princípio constitucional, ela deve vincular toda e qualquer produção legislativa, assim como deve, outrossim, ser critério hermenêutico das normas infraconstitucionais aplicáveis ao caso concreto. A presunção de inocência, portanto, pela dimensão objetiva, é preceito informador e conformador das atuações públicas na produção, aplicação e interpretação do ordenamento jurídico. A influência do preceito constitucional não se limita, como tradicionalmente a colocam, ao espaço da instrução processual do caso concreto, isto é, não está limitada, p. ex., à avaliação da (in)suficiência do quantum probatório para a condenação do acusado ('in dubio pro reo').
>
> A eficácia irradiante, portanto, projeta a presunção de inocência como direito informador do sistema desde a elaboração legislativa, controlando a constitucionalidade de leis eventualmente violadoras do conteúdo daquele

[19] Ibidem, p. 249.

[20] Ibidem, p. 250.

> direito fundamental, até a aplicação e interpretação normativa feitas por órgãos do Executivo e, principalmente, do Judiciário.
>
> Quanto ao efeito externo ou horizontal, de outra banda, a presunção de inocência também tem um ganho, não obstante no sistema brasileiro ainda dependa de uma conformação legislativa. Explica-se: como direito fundamental, a presunção de inocência não vincula apenas os poderes públicos, mas também os agentes privados; porém, para essa vinculação ser exigível entre particulares, é necessária a normatização de comportamentos.

A partir dessa eficácia irradiante, entende-se ser imperativa a observância da presunção de inocência pelos três poderes, restringindo o exame neste trabalho às decisões dos tribunais superiores (STJ e STF) relativas à repercussão ou não do referido princípio na Execução Penal.

Nessa linha, se defenderá adiante que o condenado em execução de pena continua sendo protegido pela presunção de inocência no que diz respeito à falta disciplinar grave de prática de fato definido como crime doloso, prevista nos arts. 52, *caput*, e 118, I, da LEP.

3. A FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

A regulamentação dos deveres, dos direitos e da disciplina dos condenados à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e do preso provisório é regida pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, mais especificamente em seu capítulo IV, dos artigos 38 ao 60.

Conforme disposto no art. 44 da Lei de Execução Penal (LEP), é esperado de todo e qualquer condenado que ele cumpra com seus deveres, observando as normas disciplinares. A partir do momento em que o apenado se distancia da disciplina, há o cometimento de uma falta que poder ser de natureza leve, média ou grave. Todavia, a LEP define apenas as faltas graves (arts. 50, 51 e 52), delegando ao legislador estadual a competência para regular as médias e leves e as respectivas sanções (art. 49).

Ainda, segundo os arts. 47 e 48 da LEP, compete à autoridade administrativa o exercício do poder disciplinar, a qual, diante da notícia do cometimento de uma falta, seja de natureza leve, média ou grave, por meio de instauração de procedimento para sua apuração (art. 59) e mediante ato motivado, aplicará[21] quando cabível as sanções administrativas previstas no art. 53 (advertência

[21] Conquanto não seja objeto deste estudo, pertinente a crítica feita por Salo de Carvalho e endossada por Rodrigo Duque Estrada Roig: "Muito embora a LEP disponha que nas faltas graves a autoridade representará ao Juiz da execução para fins de regressão de regime (art.

verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; inclusão no regime disciplinar diferenciado, desde que por prévio e fundamentado despacho do juiz competente), considerando para tanto a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (art. 57).

Além disso, apurada na esfera administrativa a prática de alguma falta grave (arts. 50 a 52 da LEP), a autoridade em questão deverá comunicá-la ao juízo de Execução Penal, a fim de que seja instaurado o devido incidente[22] no processo de execução do apenado, em virtude dos efeitos que poderão recair diretamente sobre sua pena e alargar ainda mais a extensão da privação de sua liberdade, tais como: a regressão de regime e interrupção do prazo para eventual progressão (art. 118); a perda de até 1/3 (um terço) de dias remidos (art. 127); a impossibilidade de indulto/comutação e de livramento condicional[23] pelo não preenchimento de requisito subjetivo (bom comportamento carcerário); a revogação de trabalho externo, de saídas temporárias e de monitoração eletrônica (arts. 37, p.u., 125 e 146-D); a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, "d", e § 2º); e a colocação em regime disciplinar diferenciado (Lei nº 10.792/2003).

118, inc. I), revogação da saída temporária (art. 125), revogação do tempo remido de pena (art. 127) e conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, §§ 1º, letra d, e 2º), na verdade, como salienta Salo de Carvalho, 'em nenhuma hipótese a falta disciplinar poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo judicial'. Da mesma fora que as sanções somente devem limitar direitos 'domésticos' do apenado, o poder disciplinar da autoridade administrativa deve ser interpretado apenas como aquele de fiscalizar o cumprimento das normas, instaura a sindicância para apuração da falta (nos termos dos arts. 47, 48, parágrafo único, e 195, todos da LEP) e executar as punições disciplinares, não como o poder de julgar faltas disciplinares. Com efeito, todos os incidentes que possam ensejar a aplicação de sanção por falta disciplinar (sobretudo de natureza grave) deveriam ser julgados pelo Juízo da Execução." (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 207)

[22] Infere-se tal incidente a partir da leitura do art. 118, I, e § 2º, que estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, ou seja, com a alteração do regime para outro mais gravoso, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, devendo ser ele ouvido previamente, bem como dos arts. 194 a 197, os quais dispõem a respeito do procedimento judicial a ser observado.

[23] Embora a prática de falta grave não interrompa o prazo para o livramento condicional, conforme enunciado da Súmula 441 do STJ, o cometimento da infração disciplinar impossibilita a concessão do benefício pelo não preenchimento do requisito subjetivo disposto no art. 83, III, do CP.

Dentre as faltas disciplinares de natureza grave previstas, diga-se de passagem, em rol taxativo, está a prática de fato previsto como crime doloso, tipificada no art. 52, *caput*, e também no art. 118, I, ambos da LEP.

4. A PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Além das hipóteses previstas nos arts. 50 e 51, a Lei de Execução Penal define também como falta grave a prática de fato previsto como crime doloso (art. 52), modalidade de infração disciplinar que deflagra amplos debates na doutrina, dentre eles[24], sua compatibilização com o princípio da presunção de inocência.

Ainda que cause estranheza de início, a partir dos efeitos irradiantes do princípio, bem como por ser uma norma de tratamento[25], não é absurdo dizer que o condenado continua sendo inocente com relação a fatos supervenientes, mesmo porque, o art. 3º da LEP, lhe assegura "...todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Disso se deduz que, apesar de condenado definitivamente por delito anterior, o apenado continua sendo sujeito de direitos e garantias constitucionais.

Esse raciocínio, contudo, não é agasalhado pela jurisprudência dos tribunais superiores, os quais, de forma praticamente unânime, têm entendido que o reconhecimento da falta grave pelo cometimento de fato previsto como crime dolo prescinde do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A doutrina, por sua vez, diverge.

De um lado, defendendo a necessidade do trânsito em julgado e, consequentemente, a incidência da presunção de inocência no âmbito da Execução Penal, pode-se citar, afora a menção alhures às considerações de Aury Lopes Jr., as lições de Rodrigo Duque Estrada Roig[26]:

---

[24] Outro exemplo de discussão travado pela doutrina é a possibilidade ou não de cumulação de sanções administrativa e penais à luz do princípio do *non bis in idem*.

[25] Mais uma vez, pertinentes as lições de Maurício Zanoide de Moraes: "Nesse linha, violam a presunção de inocência como 'norma de tratamento' todos os dispositivos legais que, de forma absoluta e apriorística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que, *prima facie*, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva." (Ibidem, p. 427)

[26] Ibidem, p. 253-254.

> Não há que se afastar, do processo de Execução Penal, a incidência do princípio da presunção de inocência, sob o argumento de que este somente se aplicaria em sede cognitiva, arrefecendo-se juntamente com o exaurimento da atividade propriamente sancionatória. Primeiramente porque a Execução Penal, desde 1984, encontra-se formalmente jurisdicionalizada. Ademais, sendo preceito de índole constitucional, a presunção de inocência se espraia por todo o ordenamento jurídico, podendo ser invocada sempre que estiver envolvido o direito fundamental de liberdade, independentemente da natureza do processo.

De todo modo, a aplicação de sanção disciplinar, com base na mera prática de fato definido como crime doloso, desloca a intervenção punitiva estatal do momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o exato instante da ação supostamente delitiva, trocando a segurança jurídica proporcionada pela definitividade pela danosa fluidez de um juízo de probabilidade. Com isso, propicia uma autêntica antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional penal, uma vez que a punição por falta grave, consectário lógico da sentença penal condenatória definitiva, se daria precocemente, com a simples conduta.

De outro, argumentando pela não infringência à presunção de inocência e pela prescindibilidade do trânsito em julgado, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci[27]:

> 122-A. Fato descrito como crime doloso: não é preciso que a prática de fato definido como delito doloso seja, efetivamente, julgado em definitivo. Fosse assim, prejudicaria – e muito – o curso da execução. Portanto, basta o cometimento do ato, que poderá ser avaliado pelo juiz das execuções para *fins de eventual regressão* ou para *cortar um benefício*. (Grifos nossos)

Numa pesquisa preliminar[28] da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[29] e do Superior Tribunal de Justiça[30], constata-se que a desnecessidade

---

[27] Ibidem, p. 255.

[28] A pesquisa teve por objeto a análise de todos os acórdãos encontrados pelo sistema de "pesquisa livre" nos *sites* do STF e STJ, indexados até o dia 19/12/2018, tendo sido utilizadas as seguintes expressões de busca: "falta+grave+crime+doloso+presunção+inocência" e "falta+grave+crime+doloso+trânsito+julgado". Mediante acesso ao inteiro teor dos acórdãos, inclusive dos referenciados, optou por usar um formulário padrão, elaborado no "google forms", o qual foi preenchido com os dados e fundamentos pertinentes conforme se percebia a pertinência com a temática deste estudo.

[29] No STF, o Ministro Marco Aurélio é o único que vota pela imprescindibilidade do trânsito em julgado para a configuração da falta grave ora estudada, em respeito à presunção de inocência.

[30] Quanto aos acórdãos do STJ, optou-se, por amostragem, analisar com mais profundidade a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.336.561/RS, representativo de controvérsia, porque submetido ao regime do art. 543-C do CPC/73, tendo sido julgado pela 3ª Seção do

do trânsito em julgado e a consecutiva ausência de violação da presunção de inocência, excetuados os argumentos de autoridade, as assertivas desprovidas de motivação e as simples referências a precedentes, são fundamentadas na: a) efetividade da Execução Penal, sob argumento de que a exigência do trânsito em julgado traria morosidade e tornaria infrutífera a finalidade da pena; b) natureza administrativa da falta disciplinar, considerando a execução como o exercício do controle estatal do indivíduo já condenado, e a independência das esferas; c) diferença entre fato e crime, bastando para a comprovação da falta disciplinar a probabilidade ou, melhor dizendo, o apontamento de indícios de autoria e materialidade do fato, tal como exigido no recebimento da denúncia; d) não exigência pela LEP do trânsito em julgado; e) presunção de inocência tem espaço apenas antes do julgamento condenatório.

Quanto ao argumento da efetividade da Execução Penal, uma vez que a exigência do trânsito em julgado traria morosidade e tornaria infrutífera a finalidade da pena, essa linha de construção de decisão, de cunho meramente instrumental, pautada em escopos metajurídicos, adotados em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal, *vide* ADCs nsº 29 e 30 e ADI nº 4.578 (Lei da Ficha Limpa) e HC nº 126.292/SP (Execução Provisória em Segunda Instância), é inadmissível dentro de um sistema de direitos e garantias fundamentais.

O sentimento de impunidade, o clamor social e a efetividade do poder punitivo estatal não podem se sobrepor à garantia constitucional da presunção de inocência. Tais questões jamais podem ser resolvidas em detrimento de um direito fundamental.

Se há um problema estrutural do próprio sistema penal e processual brasileiro, que seja solucionado com reformas legislativas e com investimento físico e humano nos tribunais do Brasil.

Ora, a morosidade para o alcance do trânsito em julgado da condenação penal não se presta a justificar a mitigação da presunção de inocência, até porque a duração razoável do processo é direito do indivíduo, e não do Estado, sendo lhe vedado, sob suposta busca por celeridade, reduzir outros direitos fundamentais.

STJ. Nesse julgamento, inclusive, foi fixada tese jurídica que, posteriormente, foi levada a enunciado de Súmula de nº 526: "O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato." (Súmula 526, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015).

No que diz respeito natureza administrativa da falta disciplinar, considerando a execução como o exercício do controle estatal do indivíduo já condenado, e a independência das esferas, como bem explicitado em capítulo anterior, a Execução Penal, que nada mais é do que uma fase do processo penal, se encontra jurisdicionalizada, ainda que somente do ponto de vista formal, conforme o art. 2º da LEP, já que na prática o esforço é por sua plena jurisdicionalização.

Dessa forma, o condenado não mais ocupa o espaço de objeto da execução, e sim de sujeito de direitos. Por isso, a dignidade da pessoa humana não se perde com o ingresso no sistema executivo, tampouco se perde os direitos e garantias não alcançados pela sentença (art. 3º da LEP).

Ademais, mesmo que se admita a vertente administrativista (ou mesmo a mista) da Execução Penal, em virtude de sua função irradiante da presunção de inocência, que lhe é peculiar por ser direito fundamental, sua incidência é sobre todo o ordenamento jurídico, no âmbito de todos os poderes, surtindo seus efeitos independentemente da natureza jurídica do processo. Essa independência, inclusive, é amenizada pelos próprios tribunais superiores[31-32], o que enfraquece o uso desse fundamento a rechaçar a necessidade do trânsito em julgado.

---

[31] A 2ª Turma do STF, no julgamento do RHC nº 126.919/MG, de relatoria do Min. Dias Tóffoli, julgado em 07/04/2015, publicado em 30/04/2015, decidiu, em caso interessante, que atrelou a caracterização da falta grave ao deslinde do processo de conhecimento ulterior pela prática de fato definido como crime doloso. O caso em si versava sobre pedido de nulidade por ausência de audiência de justificação prévia ao reconhecimento da falta grave. Apesar de o reeducando não ter sido ouvido, houve, durante o trâmite do *writ*, condenação transitada em julgado pelo novo crime doloso. Por isso, afirmou-se no acórdão que: "Diante do trânsito em julgado dessa condenação, inócua seria a determinação, a essa altura, da prévia ouvida do recorrente pelo juízo das execuções, uma vez que esse não teria poderes para rescindir ou contrariar aquela decisão." (RHC 126.919, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29/04/2015 PUBLIC 30/04/2015)

[32] O STJ, a seu turno, em que pese a existência de acórdãos (HC nº 396.390/SP e MS nº 13.134/DF) permitindo o apenamento como infração disciplinar de fato objeto de absolvição penal, desde que não fundada na negativa do fato ou de autoria, possui decisões (HC nº 265.284/SP e HC nº 33.827/RJ) entendendo que, diante de posterior absolvição, não se pode subsistir o reconhecimento de falta disciplinar grave decorrente de suposto cometimento de crime doloso, de maneira que deve ser abrir mão da autonomia entre as esferas, a fim de que guarde coerência entre decisões sancionatórias.

Em relação à diferença entre fato e crime, bastando para a comprovação da falta disciplinar a probabilidade ou, melhor dizendo, o apontamento de indícios de autoria e materialidade do fato, tal como exigido no recebimento da denúncia, indaga-se, afinal, o que é crime? É fato típico, ilícito e culpável, ou seja, todo e qualquer delito é um fato e, para se assegurar que determinado fato ocorreu e quem o cometeu, é imprescindível a apuração em processo no qual o acusado é presumidamente inocente até o trânsito em jugado de sentença penal condenatória.

O reconhecimento da falta grave de fato definido como crime doloso com base, isoladamente, em indícios de autoria e materialidade, ou, melhor dizendo, em um suposto fato cometido, em tese, por um apenado, não só antecipa o juízo condenatório, mas também se sobrepõe à segurança jurídica advinda da coisa julgada.

A não exigência pela Lei de Execução Penal do trânsito em julgado é, sem maiores discussões, sustentação que não depende de muito esforço para demonstrar sua impropriedade. É a LEP que deve ser interpretada à luz da Constituição, e não o inverso. Assim, pouco importa se a lei ordinária trouxe ou não o parâmetro do trânsito em julgado em seu texto, haja vista que foi a própria Constituição que estabeleceu tal critério como baliza à presunção de inocência.

E, por fim, é verdade que a presunção de inocência tem sua incidência limitada até o julgamento condenatório definitivo, porém o apenado não perde a referida garantia quanto aos fatos posteriores, não apurados no processo anterior alcançado pela coisa julgada formal. Assim o apenado é presumidamente inocente em relação aos fatos supervenientes, tal como na hipótese da falta grave prevista no art. 52, *caput*, da LEP.

Feitos todos esses contrapontos à argumentação levada à tona pela pesquisa preliminar da jurisprudência dos tribunais superiores, aliando isso aos pressupostos teóricos traçados nos dois primeiros capítulos e, principalmente, admitida a repercussão da presunção de inocência na Execução Penal, não resta outro posicionamento senão pela necessidade do trânsito em julgado para se caracterizar a falta grave por cometimento de fato previsto como crime doloso, sendo a única leitura constitucionalmente adequada a permitir a harmonização dessa espécie de infração disciplinar com o princípio previsto no art. 5º, LVII, da CR/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo para as derradeiras considerações, ressaltando que é também objetivo deste artigo provocar debates mais profundos a respeito da Execução Penal, à luz dos princípios basilares do processo penal e da Constituição da República de 1988, fica evidente que a discussão acerca da falta grave de prática de fato previsto como crime doloso, tratada no presente estudo, serve como uma nota inicial daquilo que necessita ser profundamente examinado pela comunidade acadêmica.

Há urgência na reinterpretação da Execução Penal conforme os princípios constitucionais, pois direitos e garantias individuais de cidadãos condenados não podem ser suprimidos pelo arbítrio do poder punitivo estatal, em nome de uma suposta defesa social de viés vingativo. A despeito da pena executada, a presunção de inocência, mormente por ser direito fundamental, não pode ser afastada de condenados quanto aos fatos supervenientes à sentença condenatória. Num Estado Democrático de Direito, o indivíduo que se encontra privado de sua liberdade também deve ter garantido o pleno e efetivo exercício de direitos e garantias constitucionais não alcançados pela condenação.

Em virtude disso, a Execução Penal não pode permanecer marginalizada e esquecida pelos práticos e acadêmicos do Direito, nem entendida como uma fase silente do processo penal, considerando, equivocadamente, que todo o esforço empregado se encerra com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pelo contrário, deve ser estudada, sobretudo em sua perspectiva procedimental, e ter maximizada, sob a óptica material, sua jurisdicionalização, a fim de que sejam reduzidas as muitas ilegalidades que ocorrem no sistema executivo brasileiro.

Por todo o exposto, o artigo se posiciona, assim, pela necessidade do trânsito em julgado para se caracterizar a falta disciplinar grave por cometimento de fato previsto como crime doloso, propondo, por consectário lógico, o cancelamento da Súmula nº 526 do STJ[33] e a necessária superação do entendimento majoritário até agora vigente do STF[34].

---

[33] Súmula 526 – O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. (Súmula 526, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015)

[34] Com a ressalva de que há Recurso Extraordinário pendente de julgamento pelo STF, cuja repercussão geral da questão constitucional já foi reconhecida. Confira-se a ementa:

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em: 18/12/2018.

BRASIL. *Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 01/07/1983. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acessado em: 18/12/2018.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13/07/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acessado em: 18/12/2018.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986

GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da Execução Penal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). *Execução Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. *In*: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RECURSO EXTRADORDINÁRIO. MANIFESTAÇÃO SOBRE REPERCUSSÃO GERAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. ART. 52 DA LEP. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO PARA CARACTERIZAÇÃO DA FALTA GRAVE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. RELEVÂNCIA JURÍDICO-SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 776.823 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17/09/2014 PUBLIC 18/09/2014)

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Adhemar Raimundo. *Estudos de Direito Processual Penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA E SUAS FINALIDADES DELINEADAS[1]

Luciano Santos Lopes[2]
Daniela Barreiros Soares[3]

1. NOTA INTRODUTÓRIA: A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL, SEUS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS E A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Há uma constatação a ser feita, inicialmente: ainda não se consegue delimitar, de forma consideravelmente afastada de constantes e rotineiros questionamentos, qual afetiva função do processo penal.

---

[1] O conteúdo deste trabalho corresponde a parte da investigação desenvolvida pelos autores no Grupo de Pesquisa denominado "A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção penal". Tal grupo de pesquisa é liderado pelo primeiro autor deste ensaio e é ligado ao Programa de Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais, da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (<http://www.mcampos.br/mestrado/index.php>).

[2] Advogado (<www.lucianolopes.adv.br>); Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos – MG (graduação e mestrado); Membro da Comissão Especial de Direito Penal Econômico do Conselho Federal da OAB (2019/2021). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3868466550046504>. E-mail: <luciano@mcampos.br>.

[3] Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos – MG. Nessa IES é Monitora da Disciplina Direito Penal Econômico (graduação), bem como é integrante do Grupo de Pesquisa denominado "A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalizada da intervenção penal"; Membro do Instituto de Ciências Penais / ICP Jovem. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7465799819083091>. E-mail: <barreiros.daniela@gmail.com>.

E essa ausência de convergência explicativa revela um ainda existente desconforto investigativo que persiste em rondar as justificativas para a atividade processual.

Tal ambiente de incertezas, à total evidência, acaba por fragilizar as referências processuais de defesa de direitos fundamentais. Isso, porque a aplicação das garantias individuais (no processo penal) depende, necessariamente, da participação dos atores processuais. E, se as suas participações não ocorrem com um nivelamento de compromisso teleológico, o resultado da tela de proteção oferecida pelo processo penal perde consideravelmente sua capacidade de surtir efeitos adequados.

Mais especificamente, no que tange à discussão que se propõe no presente ensaio (estado de inocência), tal constatação é capaz de fazer oscilar radicalmente o enfoque que deve ser dado a tal garantia individual, inscrita na Constituição Federal.

Então, é preciso um posicionamento.

Toma-se como referência epistêmica a ideia de que o processo funciona como garantia[4], inclusive com assento constitucional (teoria constitucionalista do processo penal). Afasta-se, portanto, da perspectiva instrumentalista de justificação da intervenção penal[5].

Nesse sentido, insiste-se que a compreensão da função processual passa por sua abordagem e referenciamento constitucional. Somente com tal baliza

---

[4] "Da teoria da relação jurídica deriva a concepção instrumentalista do processo, segundo a qual o processo seria mero instrumento da jurisdição na busca da paz social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 41), possuindo escopos meta-jurídicos. [...] Ao perceber o processo como instrumento da jurisdição a teoria da relação jurídica acaba por conceder o julgador em posição de superioridade em relação aos demais sujeitos processuais o que não se coaduna com o processo democrático." (SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado democrático de direito e processo penal acusatório; a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 25-27)

[5] "O processo, em sua essência, é uma garantia fundamental. Esta é a sua natureza jurídica (soberana). [...] Concebemos o processo em uma perspectiva garantista, ou seja, em um modelo de direito que pugna por um normativismo-constitucional crítico fundado na valorização dos direitos fundamentais. [...] A natureza jurídica do processo é de *garantia fundamental*" (NICOLITT, André. Manual de processo penal. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 92-93)

fundamentadora é que se consegue "(...) exercer o papel punitivo estatal e, ao mesmo tempo, respeitar e tutelar as liberdades individuais"[6].

Certo é que os mecanismos hermenêuticos de aferição de legitimidade do Processo Penal necessariamente se ligam às discussões constitucionais. E assim o fazem de variadas formas, e com diversas matizes paradigmáticas. O que importa, em resumo, é verificar como se organizam as pautas valorativas de proteção de garantias individuais, por ocasião da atuação do processo penal.

Afirmando de outra forma, a dogmática processual penal tem se interessado em dialogar de forma mais incisiva com a teoria constitucional.

Todavia, ainda assim é perceptível um crescente afastamento da concreta atuação processual penal (pelo sistema de justiça), em relação à sua referência constitucional. E tal caminho conduz o processo para um argumento que se fundamenta de forma distante das garantias individuais, provocando uma eficácia da atividade estatal com característica fundamentalmente ilegítima (quando confrontada com a matriz constitucional da intervenção penal).

Repete-se que o Direito Processual Penal deve fornecer um mecanismo de atuação que ofereça, em suas regras e princípios constitucionalizados, o equilíbrio entre a proteção das garantias individuais e a função punitiva estatal.

Em resumo, a teleologia processual penal precisa enfrentar essa discussão, fundada nos valores constantes do texto constitucional. Dessa forma, o procedimento punitivo judicial deve ser pautado no respeito às garantias individuais, sempre conduzindo a decisão a partir da participação das partes.

Especificamente, esse ensaio pretende trabalhar com um conceito constitucional-processual bem determinado: o princípio da presunção, ou estado (como, nesse ensaio, prefere-se denominar[7]) de inocência.

---

[6] "Los recursos contra los excesos de poder parten de la autosujeición del Estado a través de su sumision al Derecho y a la Justicia, en especial mediante el reconocimiento de derechos fundamentales que son intangibles por parte del Estado." GÖSSEL. Apud LOPES, Luciano Santos; MIARI, Áira Lages. A produção da prova nos delitos contra a ordem econômica e a figura do juiz-investigador. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha; LEITE, Flávia. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 135 a 156. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>.

[7] Há, ainda, quem prefira usar o termo situação jurídica de inocência, ou mesmo estado de não culpabilidade.

Há a pretensão, para além da conceituação do referido princípio, de se definir como se determinam suas funções: como regra de tratamento e como regra de julgamento/definição do ônus da prova.

Para tanto, é preciso apresentar uma premissa inicial: qual a abordagem hermenêutico-constitucional que deve ser utilizada para a análise dos conceitos que ora se pretende investigar? Por outras palavras, é necessário determinar de forma mais organizada o conceito e as funções dos princípios.

E conclui-se, tais abordagens aqui propostas ficam facilitadas quando se parte da premissa epistêmica de fundamentação constitucional do processo penal. É o caso.

2. O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL DE SUA APLICABILIDADE

Apenas ressaltando (novamente), que se prefere a terminologia estado de inocência (em detrimento do termo presunção), assim se pode conceituar o referido princípio:

> A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. O estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. A presunção de inocência é, segundo Pisani, uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal[8].

Pensa-se, como antes se sustentou, que não se trata de presumir que um acusado é inocente. O princípio tem finalidades diversas: definir o ônus da prova no processo penal e, também, determinar regras de tratamento durante a tramitação de um procedimento judicial (principalmente no que tange à sua liberdade, mas não somente quanto a isso, claro).[9]

Certo é que o referido princípio não tem pretensão ontológica de presumir situação de fato. Antes pretende definir situação jurídica do acusado, de forma a lhe trazer a garantia de respeito a direitos fundamentais individuais e

---

[8] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 284.

[9] As duas finalidades do princípio do estado de inocência serão tratadas no capítulo seguinte.

que, potencialmente, podem ser afetados por ocasião da investigação/instrução criminal. Assim:

> A presunção de inocência decorre do próprio texto constitucional que não traduz nenhuma presunção, mas sim uma efetiva situação jurídica (OLIVEIRA, 2001, p. 320) que além de impor ao Estado o dever de tratar o acusado como inocente até a sentença definitiva, atribui à acusação o ônus da prova.[10]

Finalmente, a sua previsão consta da norma constitucional (art. 5º, LVII, CF/88) e, ainda, ligada a tratados internacionais.[11]

> 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.[12]

Contudo, após conceituar o que se entende por estado (presunção) de inocência, e antes de se determinar suas duas finalidades (tema dos próximos capítulos), é preciso delimitar hermeneuticamente a capacidade que os princípios têm condições de resolver a questão concreta que se coloca em conflito na ordem jurídica.

Eles podem ser mensurados quanto à aplicabilidade ao caso específico, sem que nenhum deles perca a vigência ou mesmo a legitimidade no ordenamento. Os conflitos entre os princípios constitucionais são resolvidos no plano do peso e não de sua validade. Assim: "princípios colidentes não se excluem de

---

[10] FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011, p. 105.

[11] Na Constituição Federal de 1988 (CF/88), o inciso LVII do artigo 5º assim está escrito: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."
Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o artigo XI, 1, assim está redigido: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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."
Na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), no artigo 8º, 2, assim consta: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

[12] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 287.

maneira antinômica, perdendo um deles a existência jurídica, a validade e/ou a vigência; apenas se afastam diante da hipótese colocada ao juízo decisório".[13]

Em um caso concreto, um dos princípios conflitantes tem maior peso de aplicação específica para aquela situação, sem que os demais percam a validade geral. Tal leitura se faz com a análise dos valores em conflito e esta escolha faz parte da interpretação da Constituição, que leva em consideração o postulado da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um postulado normativo específico[14] e se compõe de três conceitos parciais: idoneidade/adequação, necessidade e proporcionalidade (sentido estrito)[15].

Somente a título de esclarecimento metodológico, adota-se aqui a diferenciação proposta por Ávila no que se refere aos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade. Significa afirmar que "a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade".[16]

Não se descarta a utilidade do postulado da razoabilidade. Somente se argumenta que, no caso específico de resolução de conflito de aplicação de princípios constitucionais, melhor se encaixa a utilização da proporcionalidade.[17]

---

[13] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais.* 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 248.

[14] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 148 e ss.

[15] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 148 e ss. Também Alexy anota e conceitua estas três categorias (que denomina de *três máximas parciais* em relação à *máxima da proporcionalidade*) (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 588 e ss.).

[16] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed., rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 144.

[17] A razoabilidade é outro ponto de segurança da hermenêutica constitucional. Partindo do caso concreto, o legislador deve escolher a norma que mais se adeque ao juízo valorativo que se faz da situação fática. Faz-se uma análise de harmonização do sistema jurídico sem, contudo, conflitar horizontalmente os princípios. Assim: O princípio da razoabilidade se apresenta como um critério não escrito de aferição da correção constitucional do legislador, segundo uma multiplicidade de pautas que nos dão conta da impossibilidade de reunirmos todos os seus aspectos sob um único conceito, a menos que nos contentássemos com a fórmula singela e abstrata de uma máxima que impõe a toda conduta humana o uso de boas razões. (SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 800.)

Constata-se que os princípios constitucionais são construções normativas que dependem de uma análise hermenêutica para a apreciação da sua utilização no caso concreto. Toda elaboração teórico-pragmática que vise interpretá-los é de ordem sócio-histórico-cultural e depende das condições fáticas autorizadoras.

Tal verificação (parágrafo anterior) faz parte de um pós-positivismo, no qual "os princípios passam a ter força normativa plena, ou seja, são considerados normas dotadas de juridicidade idêntica à das regras jurídicas. Não são mais tratados como valores abstratos, nem como fonte supletiva, e sim como Direito, em toda a latitude do termo, (...)".[18]

É evidente que os princípios legitimam o ordenamento. Mas também eles são parte do Direito posto e, portanto, devem ser igualmente legitimados na racionalidade do Direito[19]. Somente assim conseguem atender à função

---

[18] PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 128-129. Nota-se que os princípios constitucionais funcionam tanto como normas de aplicação imediata ao caso que lhes exijam atuação, como também podem ser "critérios interpretativos para a solução de outros casos, que não lhes solicitem, diretamente, aplicação jurídica." (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 248.) Funcionam, também, como métodos de interpretação de controvérsias no plano da concretização do Direito, diante da dificuldade de aplicação normativa dos modelos de regulação social.

[19] Importa verificar como é tratada a complexa questão da legitimação dos sistemas jurídico-penais. Frequentemente, há a equivocada utilização da legalidade formal como única forma de resolver a discussão.
A legalidade oferece garantias à ordem jurídico-penal. Entretanto, a norma que respeita apenas a sua esfera formal não atende às necessidades constitucionais do Estado Democrático de Direito. (LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 102 e ss.)
É preciso repensar o modelo formal de legalidade sustentado pelo Estado. Tal modelo vem funcionando como fonte primordial, senão única, de legitimação do Direito. Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.) anuncia que a concepção positivista baseada apenas na legalidade formal leva a uma fundamentação do Direito simplificadora e mal formulada, confundindo validade com vigência. Esta perspectiva não é atenciosa a uma teoria jurídica democrática.
A legalidade que se pretende (estrita, conforme Ferrajoli conceitua) deve se vincular formal e materialmente a valores eleitos. A Constituição deve, então, ser fundamento do sistema jurídico.
Como ressalva, a necessidade de uma legalidade material no ordenamento jurídico não implica em desconsiderar o seu plano formal. Ao contrário, sua leitura material acresce legitimidade à verificação formal.

constitucional de retirar da esfera de validade/eficácia as normas que não tenham sido construídas com o respeito à racionalidade derivada da atenção aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, e retornando à discussão central deste ensaio, o princípio do estado (presunção) de inocência precisa definitivamente ser compreendido em sua dimensão de garantia constitucional e, o que é mais importante, precisa efetivamente ser respeitado em sua dimensão operacional, na concretude da atuação do sistema de justiça.

O adequado caminho hermenêutico de resolução de conflitos, que podem surgir a partir da atuação procedimental punitiva, deve ser respeitoso ao estado de inocência e está determinado a partir da compreensão da proporcionalidade (como antes se colocou).

Então, agora é preciso melhor definir as duas dimensões do estado de inocência.

3. O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO PROCESSUAL

Adotando a divisão proposta por Oliveira[20], pensa-se que o princípio constitucional do estado de inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: regra de tratamento e regra delimitadora do ônus probatório (regra de julgamento, que será tratada no tópico seguinte).

Nesse sentido, a primeira dimensão do estado (presunção) de inocência assegura ao indivíduo o tratamento jurídico oferecido a uma pessoa inocente, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se de normatização expressa da Constituição (art. 5º, LVII, CF/88), como já se teve oportunidade de destacar anteriormente nesse ensaio.

Assim, impõe destacar que qualquer medida coercitiva a ser tomada preliminarmente somente possa ser aplicada no processo penal quando: 1) for de extrema necessidade; 2) estiver embasada em situações concretamente determinadas; e 3) estiver amparada legalmente[21].

---

[20] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 48.

[21] GOMES, 1999, p. 15 apud FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011, p. 106.

Frisa-se que o estado de inocência, como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permite que ele seja equiparado, ou tenha tratamento compatível com a situação de culpado. Um exemplo claro da atuação do princípio, nesse primeiro sentido (regra de tratamento), é verificado com a vedação de prisões processuais automáticas, obrigatórias ou sem fundamentação concreta de sua necessidade[22].

Em outras palavras, sustenta-se que embora recaiam sobre o acusado a suspeita de prática criminosa no curso do processo, ele deve ser tratado juridicamente como inocente. Disso decorre que o acusado não pode ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.[23]

O autor[24] sustenta, ainda, que esta dimensão do princípio atua sobre a exposição pública do acusado. Sua potencialidade de efeitos deve incidir sobre sua liberdade individual e, ainda, deve funcionar como um limite às restrições da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

[22] Há que se realizar, para a autorização da prisão processual (temporária, preventiva), a resolução do conflito de princípios, tal como se propôs no item III, anterior. Nesse sentido, veja-se a jurisprudência do STF: "Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. *WRIT* SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. A GRAVIDADE DO CRIME E A AFIRMAÇÃO ABSTRATA DE QUE O RÉU OFERECE PERIGO À SOCIEDADE NÃO BASTAM PARA A IMPOSIÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. O FUNDAMENTO UTILIZADO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA É GENÉRICO, POSSÍVEL DE SER ADOTADO EM QUALQUER SITUAÇÃO EM QUE SEJA APURADA A CONDUTA DE TRÁFICO DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA. I – Embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso ordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. II – A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar ou a conjectura de que, em tese, a ordem pública poderia ser abalada com a soltura do acusado. Precedentes. III – O fundamento utilizado para a conversão da prisão em flagrante em preventiva é genérico, possível de ser adotado em qualquer situação em que seja apurada a conduta de tráfico de drogas. IV – Ordem concedida. (HC 143065, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31/01/2018 PUBLIC 01/02/2018)"

[23] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 168.

[24] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 168.

E ele vai além, e sustenta que o princípio constitucional ora tratado tem sua eficácia para além do próprio processo penal.

> A presunção de inocência é dotada da chamada eficácia irradiante, ou seja, tem sua aplicação a processos de natureza não criminais. [...] A Suprema Corte do Brasil já teve oportunidade de afirmar que a presunção de inocência incide na esfera extrapenal, alcançando qualquer medida restritiva de direito, independente de seu conteúdo civil ou político, o que ficou estampado no RE 48.2006/MG. [...] Na Europa o cenário não é diverso. O Tribunal Constitucional de Portugal assentou no acórdão 198/90, o seguinte: i) O princípio da presunção de inocência do arguido é, no seu núcleo essencial, aplicável ao processo disciplinar.[25]

Concorda-se com tal irradiação do estado de inocência para além dos limites do processo penal. Trata-se de admitir que tal regra de tratamento, constitucionalmente delimitada, oferece efetiva proteção à dignidade do acusado, enquanto a racionalidade da jurisdição penal ainda não decidiu definitivamente pela sua culpa. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de se exercitar efetivamente a atuação do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Entretanto, quanto a essa regra de tratamento, é necessário fazer uma ressalva no que se refere à sua aplicabilidade pelo sistema de justiça penal.

Explica-se.

A partir do julgamento do HC 84.078/MG (Relatoria do Ministro Eros Grau)[26], o STF passou a entender que o princípio do estado de inocência obstaria a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, se inexistentes motivos cautelares. Contudo, houve mudança de rumo e, na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento quanto à possibilidade de se executar provisoriamente a pena privativa de liberdade.[27]

---

[25] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 169.

[26] "*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."

[27] Tal entendimento ainda prevalece nas recentes decisões do STF. Veja-se: "EMENTA HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. A execução antecipada de acórdão penal condenatório proferido em julgamento 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 (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora. 2. Orientação reafirmada por este

Tal entendimento foi inaugurado em 2016, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292/SP (Rel. Ministro Teori Zavascki, realizado aos 17 de fevereiro de 2016), e ratificado pelo Tribunal Pleno no julgamento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43 e nº 44 (julgamento ocorrido em 5 de outubro de 2016), bem como com o reconhecimento da repercussão geral no Agravo ao Recurso Extraordinário (AREXT) nº 964.246/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki.

Assim, neste especial aspecto da atual autorização da execução provisória da pena privativa de liberdade há uma violação à regra de tratamento que o princípio do estado de inocência impõe.[28]

Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções antecipadas da condenação confirmada em 2º grau. 3. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. 4. Ordem de habeas corpus indeferida, com a cassação da liminar anteriormente concedida. (HC 161300, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 29-08-2019 PUBLIC 30/08/2019)"

[28] Não convence a fundamentação dos acórdãos do STF, quando justificam que o cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade não agride o princípio da presunção de inocência: "Ementa: *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados; ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância, e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau. 2. Habeas Corpus indeferido.(HC 165891, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019)"
Há na fundamentação do STF, uma reorganização do conceito de formação de culpa, que ignora o papel da atuação recursal especial e extraordinária nessa função (de determinar, ou corrigir, contornos jurídicos – legais/constitucionais – à formação da culpa (que é exatamente a somatória dos pressupostos fáticos da prova com a aplicação da lei de forma adequada).

Infelizmente, é preciso compreender que o STF mitigou o princípio nesta dimensão, ao admitir a execução provisória de acórdão condenatório proferido em sede de apelação.

Ademais, interessante ressaltar a falta de coerência hermenêutica da jurisprudência, nesse específico tema. Mesmo após 2016, quando novamente se passou a autorizar a execução provisória de penas privativas de liberdade, ainda se manteve a vedação quanto à execução provisória das penas restritivas de direitos.

Nesse sentido, a interpretação que atualmente se tem ainda é no sentido da prevalência da impossibilidade de execução provisória das restritivas de direitos. STJ[29] e STF[30] têm julgado dessa forma.

Finalmente, um outro exemplo dessa regra de tratamento do princípio do estado de inocência, é a proibição do uso de algemas no acusado que se apresenta ao Tribunal ou ao juiz, para ser interrogado ou para assistir a uma audiência ou julgamento.

Tal uso somente se justifica ante o concreto e fundado receio de que, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança das pessoas que participam do ato processual. Risco, esse, que não se presume apenas pelo fato de estar respondendo a um processo criminal. Neste sentido há um interessante julgado representativo do que aqui se apresenta: AgRg no Agravo ao Recurso Especial (ARESP) 1053049/SP.[31]

---

[29] Agravo Regimental (AgRg) no HC 450.811/CE e STF. HC 144908/RS. Em reforço a esse entendimento, tal interpretação foi pacificada no âmbito da 3ª Seção do STJ (AgRg no ARESP 1699768/SP).

[30] Assim: "O entendimento até então esposado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade da execução antecipada da pena deu-se pela análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que ainda aguardam pronunciamento de mérito. Por sua vez, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução antecipada de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas, tão somente, de pena privativa de liberdade, hipótese essa prevista no art. 283 do Código de Processo Penal (RE 1175109 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26/04/2019 PUBLIC 29/4/2019)."

[31] "STJ. AGRAVO REGIMENTAL. USO DE ALGEMAS EM SESSÃO DE JÚRI. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONCRETA. NULIDADE ABSOLUTA. NECESSIDADE DE NOVO JULGAMENTO. SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF. AGRAVO PROVIDO. 1. O uso de algemas - de quem se apresenta ao Tribunal ou ao juiz, para ser interrogado ou para assistir a uma audiência ou julgamento como acusado - somente se justifica ante o concreto receio de que, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança das pessoas que participam

4. O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO MECANISMO DE DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Há, como antes mencionado, um segundo sentido para o estado de inocência.

Trata-se da outra regra, de fundo *probatório,* que estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. Assim, à defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato modificador ou impeditivo à condenação, cuja presença fosse por ela alegada.[32]

Então, esta segunda dimensão do princípio da presunção de inocência, como regra de julgamento, pode ser entendida de duas formas distintas.

Inicialmente, define-se o ônus da acusação provar que o acusado cometeu um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, que praticou um crime. E, após

---

do ato processual. 2. Não se mostra aceitável que se obvie a presunção de inocência (como regra de tratamento) e se contorne o rigor da Súmula Vinculante n. 11 com motivação genérica e abstrata que, na prática, serviria para todos os casos de pessoas julgadas pelo Tribunal do Júri, visto que se cuida de órgão jurisdicional incumbido de julgar os crimes mais graves do Código Penal, definidos quase sempre como hediondos. 3. A menos que se aduza alguma peculiaridade do caso concreto, a denotar efetivo risco de que o réu, com mãos livres, poderá pôr em risco a segurança dos circunstantes ou fugir – risco que não pode decorrer do simples fato de responder por crime hediondo – revela-se ilegal a manutenção do réu algemado durante a sessão de julgamento, máxime perante juízes leigos, para quem o simbolismo do uso de algemas pelo acusado possui significado mais relevante do que se se tratasse de julgamento perante juiz togado (RHC n. 76.591, Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 30/03/2017). 4. Agravo regimental provido para prover o recurso especial e reconhecer a nulidade absoluta do julgamento realizado em plenário pelo 4º Tribunal do Júri da comarca da Capital/SP nos autos do Processo n. 0004044-28.2008.8.26.0052, determinando que o agravante seja submetido a novo julgamento em plenário, a ser realizado sem o uso de algemas, salvo a ocorrência de algum motivo concreto, devidamente relatado e que justifique a imposição do gravame. (AgRg no AREsp 1053049/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017)"

[32] "Aproveitando a estratificação do conceito de crime, em elementos analíticos, os autores brasileiros classificam a tipicidade da conduta, como fato constitutivo do delito; a exclusão da ilicitude, como fato modificativo; a exclusão de culpabilidade como fato impeditivo; a inexistência da infração, a prescrição, a decadência, o casamento com a ofendida, o pagamento do tributo (...), como fatos extintivos do crime." (MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*; imposição do ônus da prova para o órgão de acusação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006, p. 149.)

isso, essa segunda dimensão revela-se no dever de o juiz absolver o acusado, quando ainda persistir dúvidas, consagrando, assim, o *in dubio pro reo*.

Então, não há erro em constatar que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* atuam no mesmo campo, o probatório. Há apenas uma distinção: o momento processual no qual cada um se revela.[33]

Assim, o estado de inocência atua durante todo o curso do processo, enquanto o *in dubio pro reo* atua no momento da tomada de decisão do julgador, quanto ao conjunto probatório apresentado (no ato efetivo do julgamento), quando houver dúvida.

O estado de inocência apresenta-se como um verdadeiro direito subjetivo do cidadão, que não se vê obrigado a produzir a prova em substituição a quem efetivamente tem o ônus de assim proceder. Enquanto o segundo (*in dubio pro reo*) é uma regra de interpretação dirigida ao juiz, que diante da dúvida não pode tomar outra decisão senão absolver o réu[34].

Em resumo, o estado de inocência determina uma regra de cunho probatório que impõe à acusação o ônus de comprovar a ocorrência técnica do crime com todos os seus elementos estruturadores[35].

Assim, é necessário analisar que as regras de distribuição estática da prova do processo civil não se aplicam ao processo penal[36]. Portanto, no caso do processo penal, o ônus da prova incumbe ao Ministério Público (ou ao Querelante, nas ações privadas), que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva.[37]

---

[33] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8 ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 170 e 721. E: "Ahora bien, la integración del principio de duda en el marco de una disciplina constitucional del proceso articulada en torno al de presunción de inocencia, caracterizado como se já dicho, comporta una significativa transformación del primero, que passa a ser implicación essencial del segundo, del que podrá distinguirse mediante el análisis, pero no disociarse. Tanto que – para Foschini – 'la presunción de inocencia del imputado se resume en el principio in dubio pro reo'" (IBAÑÉZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el processo penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 82).

[34] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8 ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 170 e 721.

[35] FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011, p. 106.

[36] FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011, p. 106.

[37] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 296. Há uma interessante questão quanto ao ônus

Ainda, é nesse segundo aspecto que o estado de inocência se apresenta intimamente relacionado com a proibição do ativismo judicial. Isso, porque se o ônus da prova recai sobre a acusação, cabe a ela comprovar a ocorrência do delito. Sua inércia não autoriza que se transfira tal função ao juiz[38].

Dessa forma, o magistrado deve absolver o acusado, em respeito ao *in dubio pro reo,* uma vez que se trata de regra de interpretação dirigida ao juiz, que diante da dúvida não pode tomar outra decisão[39].

Na verdade, pensa-se que a dúvida revela uma certeza. Antes, há certeza que inexistem provas suficientemente consistentes para condenar o acusado e restringir-lhe a liberdade.

---

da prova, no que se refere à comprovação da ilicitude (elemento do conceito analítico do crime). Tradicionalmente, entende-se que o ônus probatório de uma causa de justificação compete ao acusado, por se tratar de fato modificativo. Ao órgão acusador, bastaria afirmar a existência de um tipo penal e, indiciariamente, a ilicitude restaria provada (adotando-se a teoria da *ratio cognoscendi*, para definir a relação entre tipo e ilicitude).
Caberia ao acusado demonstrar que a ilicitude, meramente presumida a partir da existência de uma figura típica, estaria afastada por alguma excludente (legítima defesa, estado de necessidade, etc.). Assim, para a tradicionalidade da doutrina, há a ideia de que, à acusação, bastaria a descrição formal de um tipo legal para a comprovação da autoria e da materialidade do delito.
Nesse sentido, a adoção da teoria do tipo total do injusto consegue melhor organizar a dogmática penal com a disposição constitucional (estado de inocência): "Ao oferecer acusação contra uma pessoa, insiste-se, deve-se descrever a figura típica para a futura comprovação da materialidade e a autoria dessa conduta descrita. Mais que isso, a ilicitude deve igualmente estar comprovada para estes fins. Deixaria de ser um fato impeditivo (com as excludentes) e passaria a ser um fato constitutivo. (...). Fazer contraprova de algo que foi meramente indiciado é absolutamente inadequado. (...). Dessa forma, entrega-se o ônus probatório da ilicitude à acusação. Não se pode aceitar a prova apenas dos indícios da proibição, através da mera verificação formal da figura típica. Ao contrário, faz-se necessário analisar concretamente se a imputação de determinada conduta já traz em si a definitiva carga de ilicitude exigível para ser considerada típica e, portanto, ser atribuída a alguém. Os elementos positivos e negativos (que devem estar ausentes) do tipo devem ser provados pela acusação. Somente assim se pode comprovar corretamente a materialidade típica da conduta, formando o injusto penal. A imputação de uma conduta a um acusado deve levar em consideração, então, a teoria da *ratio essendi*. Sustenta-se mais, no sentido de que deve ser utilizada a sua segunda vertente, com o uso do tipo total." (LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 273 e ss.)

[38] FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011, p. 106.

[39] NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8 ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 169.

Nesse sentido, Faria[40] afirma que, na verdade, o juiz não absolve na dúvida, pois isso seria o mesmo que acatar a indecisão judicial. Ao decidir, pauta-se na certeza de que a acusação não atendeu satisfatoriamente ao ônus que lhe foi atribuído.

Dessa forma, ainda que no Código de Processo Penal Brasileiro subsistam resquícios do processo inquisitivo, como o artigo 156[41] (que dá poderes instrutórios ao juiz)[42], deve-se buscar a aplicação de um processo penal que respeite o modelo adotado pela CR/88, qual seja, o modelo acusatório. Neste sentido:

> o problema não parece ser o da gestão das provas, mas, sim, o fato de se atribuir a iniciativa probatória do juiz, conforme vem disposto no art. 156 do CPP, portador de evidente inconstitucionalidade ao deferir ao magistrado a possibilidade de determinação de ofício, de prova na fase de investigação. Tudo parece girar em torno da busca da verdade real, responsável por inúmeros abusos e violações de direitos individuais, ontem e ainda hoje. Com efeito, a nossa legislação processual é de 1941 e teve inspirações inegavelmente autoritárias. Nota-se, porém, que todo aquele ordenamento deve ser reinterpretado à luz da ordem constitucional de 1988[43].

Assim, o magistrado é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, dedica-se a produzir provas de ofício, ele se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.[44]

---

[40] FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011, p. 10.

[41] Artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

[42] Explica-se. O artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro, em sua parte final, que contempla o juiz com poderes probatórios, é fruto do processo penal do Estado Novo. O período autoritário em que a supressão das liberdades contava com apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas. "(PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório;* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140)

[43] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 455.

[44] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório;* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

As hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável; ou não há crime e o réu é inocente. Assim, a prova produzida de ofício pelo magistrado visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.[45]

Para evitar essa parcialização do magistrado, repete-se, o ônus da prova condenatória deve caber inteiramente à acusação. Neste sentido, veja-se a decisão do STJ que afirmou esta segunda dimensão do princípio da presunção de inocência, Recurso Especial (RESP) 1.657.576/PR, STJ.[46]

Tal vedação, quanto à produção da prova de ofício pelo magistrado, pretende fornecer elementos de manutenção da imparcialidade do julgador. Certo é que ele (julgador) não deve "acessar cognitivamente, de forma prematura e antecipada em relação às partes, os elementos formadores de sua convicção jurídica"[47]. Ainda nesse sentido:

---

[45] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório;* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

[46] STJ. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO DO ART. 334, § 1º, "B", DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 4.729/65. INTERNALIZAÇÃO DE MERCADORIA PROIBIDA SEM O REGISTRO ESPECIAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. FIANÇA. GARANTIA PRESTADA EM DINHEIRO. RESTITUIÇÃO. DESCONTADOS OS ENCARGOS LEGAIS. ORIGEM LÍCITA. COMPROVAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE COM O CRIME EM QUESTÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. INCIDÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. RECURSO PROVIDO. [...] 7. O órgão acusador não trouxe aos autos qualquer prova da origem da fiança, não havendo se falar em inversão do ônus probatório, pois se está a cogitar a existência de crime – utilização de recursos ilícitos para resguardo da liberdade – em que se pressupõe a presunção de inocência, devendo o acusador provar a existência do fato e de sua autoria. 8. A falta de elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o fato delituoso podem gerar, no julgador, dúvida acerca do nexo causal. Assim, deve ser invocado o princípio do in dubio pro reo, devendo o fato ser resolvido em favor do imputado, uma vez que a culpa penal deve restar plenamente comprovada, em razão da presunção de inocência. Isso porque, a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado, princípio este que está implícito no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal. 9. Assim, inexistindo provas da vinculação ou do nexo causal entre o crime praticado e a fiança prestada, a consequência lógica é a liberação da garantia, já que esta perdeu seu objeto com a finalização do processo condenatório, nos termos do art. 347 do Código de Processo Penal. 10. Recurso especial provido. (REsp 1.657.576/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

[47] LOPES, Luciano Santos; MIARI, Áira Lages. A produção da prova nos delitos contra a ordem econômica e a figura do juiz-investigador. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha;

Trata-se de tentar evitar o que Cordeiro denominou de 'quadros mentais paranoicos'. Na interpretação desta teoria, feita por Lopes Jr., tem-se que:

> Atribuir poderes instrutórios ao juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina CORDERO que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao primato dell'ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoide. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos.[48]

Por fim, ressalta-se que apesar do acusado não possuir ônus probatório quanto à prova condenatória, ele pode ter interesse probatório. E isso não se confunde com ônus. Por conseguinte, também poderá produzir essas provas, se achar conveniente, e que deverão ser levadas em consideração pelo juiz no momento de decidir. Sempre lembrando que, em respeito à CR/88 e aos princípios ali consagrados, na dúvida, o Magistrado deve absolver e reafirmar juridicamente a situação de inocência do indivíduo.

Não há espaço, nesse ensaio, para a discussão dos *standards* probatórios mínimos para a condenação. Contudo, o tema ainda hoje é, em algumas situações específicas, de difícil delimitação para além da subjetividade do julgador. Por isso é tão relevante reforçar a necessidade do respeito ao princípio do estado de inocência (e, aqui especificamente, com o complemento do enunciado do *in dubio pro reo*).

CONCLUSÃO

É tempo de se concluir esse pequeno ensaio.

É momento, então, de se reforçar que o devido processo legal somente existirá se houver o respeito às normas constitucionais que organizam a pauta valorativa do processo penal.

LEITE, Flávia. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 135 a 156. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>.

[48] LOPES, Luciano Santos; MIARI, Áira Lages. A produção da prova nos delitos contra a ordem econômica e a figura do juiz-investigador. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha; LEITE, Flávia. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 135 a 156. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>.

É oportuna, portanto, a constatação de Oliveira: "A tensão dialética que surge do conflito entre o poder punitivo estatal, e a necessidade de garantias individuais do indivíduo é resolvida com a adoção de um modelo constitucional de Processo Penal."[49]

No específico tema analisado neste ensaio, é de fundamental importância a compreensão de que o estado (presunção) de inocência se traduz em uma garantia constitucional que precisa ser mais bem compreendida na atuação do sistema de justiça.

Nas suas duas finalidades, regra de tratamento e definição de ônus probatório (regra de julgamento), o estado de inocência configura garantia individual inafastável em qualquer julgamento que se proceda perante o Judiciário.

Contudo, a par de haver uma crescente (porém, ainda não homogênea) problematização teórico-dogmática-constitucional acerca do tema, por vezes ainda há um certo hiato em relação à aplicação do princípio do estado de inocência, por ocasião da atuação do sistema de justiça (tal como se demonstrou em tópicos anteriores).

A respeito dessa questão, Andrade analisa o sistema penal em duas dimensões. Ela[50] explica que há uma dimensão programadora, que define o objeto do controle (conduta delitiva) e as regras do jogo para as suas ações e decisões. Esta dimensão programadora define, portanto, o seu horizonte de projeção. Há, ainda, outra dimensão, denominada operacional e que deve realizar a repressão penal com base naquela programação normativa e decisória.[51]

Mesmo tendo escrito tais questões com o foco direcionado à análise da dogmática penal (e não processual penal), pensa-se que sua abordagem é totalmente aproveitável aqui neste contexto.

---

[49] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.

[50] ANDRADE, Vera Regina P. de. Dogmática e controle penal; em busca da segurança jurídica prometida. In: *Teoria do direito e do estado* (Org. Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Safe, 1994, p. 123.

[51] Deve existir uma coerência interna do discurso penal, na sua programação legislativa, com a fundamentação antropológica do argumento político-criminal. Após, deve ser verificado o valor da verdade quanto à sua operatividade social, pelas agências punitivas. É de se verificar que a perspectiva da racionalidade deve ser enfrentada nestas duas dimensões do sistema penal. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 3. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p. 16 e ss.)

O que se pode retirar da abordagem feita por Vera Andrade, levando o argumento para o âmbito da dogmática processual penal, é que existe um vácuo de legitimidade entre a programação constitucional do processo e a sua atuação concreta no sistema de justiça.

É bem verdade que não existe uma transposição, absoluta e sem reparos, do argumento legitimador constitucional do processo penal para a sua atuação concreta. Não há, conforme apontam Streck e Oliveira[52], uma solução matemática para a questão.

Contudo, o Processo Penal precisa receber as orientações constitucionais sem tanta reatividade, organizando um concreto mecanismo procedimental mais democrático, que seja capaz e de promover o equilíbrio entre a proteção das garantias individuais e a necessária função punitiva estatal.

Esse deve ser o compromisso axiológico de um processo penal constitucionalmente orientado. E a contribuição do princípio do estado de inocência, nesse cenário, tem papel fundamental e deve conseguir ultrapassar as barreiras da argumentação teorética, para conseguir de fato e de forma eficaz conduzir instruções criminais baseadas no paradigma dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina P. de. Dogmática e controle penal; em busca da segurança jurídica prometida. *In*: ROCHA Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do estado.* Porto Alegre: Safe, 1994.

IBAÑÉZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el processo penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed., rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais.* 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

[52] STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 18 e ss.

FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal;* uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: editora Arraes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

LOPES, Luciano Santos; MIARI, Áira Lages. A produção da prova nos delitos contra a ordem econômica e a figura do juiz-investigador. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha; LEITE, Flávia. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 135 a 156. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=197>.

LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal*; a relação entre o tipo e a ilicitude. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*; imposição do ônus da prova para o órgão de acusação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório;* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório;* a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 3. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

A INTERPRETAÇÃO IDEOLÓGICA DO CONTEÚDO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Ludmila Corrêa Dutra[1]

INTRODUÇÃO

Interpretar significa determinar o significado preciso de um texto ou de uma situação. Toda norma escrita é um texto elaborado pelo legislador, a partir de valores do bem comum que necessitam de regulamentação. Além delas, existem às normas não escritas, que advêm dos usos e costumes. Para ser aplicada a casos concretos, a norma deve ser interpretada pelo Poder Judiciário, que, muitas vezes, tem que enfrentar às incertezas deixadas pelo legislador no texto da lei.

O problema surge quando ao interpretar, as funções do Judiciário se confundem com a do Legislativo, ou quando é necessário ignorar determinados valores em detrimento de outros, pois isso gera insegurança jurídica, por ferir os preceitos constitucionais. É o que tem ocorrido com a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

A presunção de inocência, apesar de ser uma garantia fundamental da pessoa, com natureza predominantemente processual e intrinsicamente ligada a preceitos democráticos, tem sido, ao longo dos últimos anos, interpretada de formas tão diferentes, que o seu conteúdo e abrangência acabam por gerar constantes dúvidas nos operadores do direito, que vivem na incerteza a respeito do seu verdadeiro alcance.

[1] Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Processual pelo IEC PUC Minas. E-mail para contato: <ludmila-cd@hotmail.com>.

1. PERSPECTIVAS HISTÓRICAS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Apesar de correlacionados, a presunção de inocência e o princípio do *favor rei*, também conhecido como *favor libertatis*, ou, simplesmente, *in dubio pro reo*, não se confundem e não possuem a mesma origem. Há registros históricos que apontam que, por influência do cristianismo, o *favor rei* já era reconhecido desde o Império Romano, como um princípio geral que estabelece que, em caso de dúvida, esta deve ser interpretada em favor do réu. Embora, "o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema da *common law*", seja inserido "entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo" somente na revolução liberal do século XVIII.[2]

O surgimento do princípio da presunção de inocência remete a superação da influência da Igreja no exercício do poder político e jurídico, com a tentativa de ruptura com um procedimento inquisitorial, que se mostrava iníquo e arbitrário, onde prevalecia a presunção da culpa do acusado, que era visto como um ser pecador, representante do mal na terra, portanto era tratado como um objeto no qual poderia ser aplicado todo o tipo de suplício.

Sobre o sistema aplicado anteriormente ao surgimento da presunção de inocência, Mauricio Zanoide de Moraes destaca que:

> Em um sistema tão vinculado à presunção de culpa, todos os institutos processuais são criados e operados para que em nada favoreçam a posição contrária, qual seja, a presunção de inocência. Aliás, talvez seja a Inquisição o mais perfeito antípoda do que se deva entender por um sistema fundado na presunção de inocência.[3]

O principal fator que propiciou mudanças na mentalidade da época e, por decorrência, levou a uma reforma da jurisdição penal, foi o Iluminismo, movimento intelectual que surgiu na Europa, durante o século XVIII e que defendia a adoção do racionalismo, do humanismo e a secularização do exercício do poder político e jurídico.

De acordo com Michel Foucault foi a partir das ideias formuladas pelo iluminismo que se iniciou a época da sobriedade punitiva, com o abandono da

---

[2] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

[3] ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

aplicação de suplício sobre o corpo do imputado como técnica de sofrimento, já que este se torna um sujeito de direitos, alvo e destinatário da atuação estatal, havendo um deslocamento do objeto da ação punitiva. A aplicação do castigo pelo cometimento de um crime passa de "uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos"[4].

Maurício Zanoide de Moraes destaca que: "Fica evidenciada a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para (todos) os imputados"[5]. Inocência essa, que, antes ligada ao conceito religioso significava "qualidade de quem nunca pecou ou ignora o mal", com a laicização do racionalismo iluminista foi tomado em "sentido filosófico de um estado ideal e hipotético a ser conferido ao cidadão", de modo que "racionalmente, não se podia tomar, *a priori*, alguém como autor de um crime sem que antes houvesse a certeza de seu cometimento"[6].

Maurício Zanoide de Moraes assevera ainda que:

> Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão 'presunção de inocência' assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim a parêmia latina *quilibet preasumitur bônus, donec contrariam probetur* (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegado à acusação.[7]

O movimento iluminista culminou em várias revoltas no século XVIII, entre elas a Revolução Francesa, que defluiu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, onde, em âmbito normativo, foi feita a primeira referência a presunção de inocência, na primeira parte do item IX, que dispôs: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable,

---

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 14-19.

5 ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

6 Ibidem, p. 88.

7 Ibidem, p. 92.

s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi."[8]

Para Cezar Peluso, a inclusão desse dispositivo na referida legislação:

> Significou a assunção, pela legislação revolucionária, de uma das relevantes ideias que Beccaria sintetizou naquele pequeno livro, como reação contra as arbitrariedades do uso do processo penal pelo soberano, e que eram admitidas pela lei, suposto não legítimas, tais como torturas, suplícios, como meios de obtenção de provas, admissão de meia culpa, prisões para averiguação sem prazo, sem limite, nem controle algum. Eram tão abusivas, que, em 1760, Luis XVI baixou decreto que extinguiu as torturas e os suplícios como meios de obtenção de prova, exceto para os casos em que o réu fosse acusado de crime contra o rei.
>
> O que expressava o feitio desse processo penal? Um tratamento degradante e desumano do réu, porque o processo era instrumento do arbítrio e da atuação política do poder real. E Beccaria, como todos sabemos, pregava exatamente os princípios que hoje estão consagrados no nosso direito penal, em particular no modelo acusatório do processo penal. Este foi o primeiro momento histórico em que se manifesta, no plano legislativo, a ideia da presunção de inocência.[9]

Cesare Bonesana Beccaria ou Marquês de Beccaria foi um dos maiores expoentes da dogmática penal no período iluminista, escreveu a obra *Dei Delitti e Delle Pene*, em 1764, na qual defendeu a proteção do indivíduo contra práticas abusivas e arbitrárias cometidas pelo Estado, no Antigo Regime, ao exercer o poder de punir. Beccaria deu início a luta pelos direitos e garantias individuais dos acusados e com isso é considerado o precursor da Escola Clássica, "entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal"[10].

---

[8] FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acessado em: 30/04/2016. Tradução: "Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei."

[9] PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acesso em: 03/12/2018.

[10] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 46.

Foi difundida por Francesco Carrara, Pelegrino Rossi, Pessina, dentre outros, e adotava o método lógico abstrato ao pregar que o Direito segue a ordem da lei natural, de modo que, prevalece a liberdade, entretanto, o cometimento de um delito, que equivale a uma infração, gera uma alteração na ordem da sociedade, pelo que deve ser punido. O direito penal serve para punir os culpados, porém a pena deve ser pública, célere e proporcional ao crime.

Francesco Carrara foi um defensor do princípio da presunção da inocência, que para ele era um postulado fundamental do qual decorrem diversas garantias, como: ônus acusatório da prova, temperança na custódia preventiva, crítica imparcial na valoração dos indícios, dentre outras. Em sua obra *Il dirito penale e la procedura penale* o autor afirma que: "a metafísica do direito penal propriamente dita é destinada a proteger os culpados dos excessos da autoridade social; a metafísica do direito processual tem por missão proteger dos abusos e dos erros da autoridade todos os cidadãos inocentes e honestos."[11]

Ao sintetizar os ideais dessa escola penal, cujo movimento reformista tinha um forte caráter humanitário, por buscar romper com a crueldade do sistema punitivo do Antigo Regime, por meio do estabelecimento de regras processuais penais que protegessem o indivíduo, Cezar Peluso diz que:

> o direito penal serve para punir os criminosos, para punir os culpados. Mas o processo penal, não; o processo penal serve para tutelar o réu inocente, garantir a liberdade do cidadão. O cerne da Teoria do Processo estava, pois, na sua visão de garantia da presunção de inocência, sem a qual objetivo último do processo penal estaria comprometido. Tratava-se, portanto, da concepção liberal do processo penal, ou seja, de sua modelagem ideológica.[12]

Para o aludido jurista, a formação do pensamento dessa e de outras duas grandes escolas penais foi importante para determinar a forma como a presunção de inocência aderiu aos ordenamentos jurídicos, tendo em vista que o "entrechoque das posturas dogmáticas" influenciaram diversas legislações penais e processuais penais, dentre as quais a brasileira.[13]

---

[11] CARRARA, Francesco *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 500.

[12] PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acessado em: 03/12/2018.

[13] Ibidem.

Nesse sentido, apesar da presunção de inocência ter contribuído para a redução do poder central e para melhoria da estrutura do aparelho jusperse-cutório, onde o ser humano submetido a julgamento passou a ser tratado com mais respeito, houve resistências a sua implementação por parte dos países, motivada por fatores sociais, econômicos, políticos, científicos ou ideológicos.

Na própria França, onde, após a revolução houve a necessidade de unificação e centralização do poder, foi promulgado em 1801, um Código Processual Penal, por Napoleão Bonaparte, que significou um retrocesso em relação aos direitos fundamentais. Gomes Filho indica que Bonaparte buscou conciliar o perfil liberal da Revolução com o absolutismo e assim limitou diversas garantias dos imputados e deu amplos poderes aos juízes no exame da prova[14].

Num contexto de exigências de punição mais severa dos delitos, a presunção de inocência foi duramente criticada pelas novas correntes juspolíticas, como foi o caso da segunda escola penal, que surgiu no século XIX, em um momento de inquietação social, decorrente dos primeiros problemas de ordem criminal gerados pela Revolução Industrial.

Chamada de Escola Positiva, mas também conhecida como Escola Antropológica, Naturalista ou Realista, pospôs uma resposta positivista aos reclames sociais, dando prioridade a defesa da sociedade. Constituiu-se em três fases:

A primeira, denominada antropológica, é representada por Cesare Lombroso que, em 1876, publicou um livro de grande repercussão, onde, entre outras coisas, afirmou que certas pessoas possuem uma tendência irreprimível de criminalidade, ou seja, apresentam gens criminogênicos perceptíveis por meio de variáveis biológicas, sendo assim, não poderiam contar com "a proteção de uma presunção de inocência contra os interesses da defesa do Estado"[15].

A segunda fase é chamada de sociológica, cujo expoente foi Enrico Ferri, para quem não se poderia presumir inocente um réu que confessasse o cometimento de um crime.

---

[14] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 101.

[15] PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acessado em: 03 dez. 2018.

A terceira fase, denominada fase jurídica, é representada por Rafael Garofalo, cuja principal obra, intitulada Criminologia, foi publicada em 1885 e demonstrou seu ceticismo em relação à readaptação de criminosos. Suas principais ideias são sintetizadas por Cezar Roberto Bitencourt da seguinte forma:

> a) periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; b) a prevenção especial como fim da pena, que, aliás, é uma característica comum da corrente positivista; c) fundamentou o direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores; d) formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica.[16]

A Escola Positiva não deslegitimou a presunção de inocência, entretanto reduziu sua força, em prol de valores considerados mais importantes na época e que precisavam de uma maior proteção para que a sociedade fosse defendida. Com isso ocorreu o surgimento de medidas restritivas, como a prisão preventiva, possível de ser decretada, inclusive, antes do cometimento do delito, em razão da análise da personalidade do delinquente.

Ferrajoli destaca que a escola de Ferri e Garofalo concebeu uma "justiça sumária e substancial", como forma de abreviar o exercício da ampla defesa, do contraditório e da análise do acervo probatório, o que acabou por enfraquecer a presunção de inocência.[17]

A terceira escola penal citada por Cezar Peluso é a técnico-jurídica, que usou como metodologia o raciocínio indutivo. Teve início com a aula magna proferida por Arturo Rocco, em 1905, na Itália e foi com ela que se lançou "a base do chamado caráter técnico que devia ditar uma concepção de pureza do direito criminal, centrado nos textos da lei", onde "os direitos sociais tinham que prevalecer na qualificação da condição do réu e na questão da prova da culpa, porque, dizia ele, o réu não é nem inocente, nem culpado", mas "apresentaria uma condição intermediária no curso do processo, a qual seria absolutamente incompatível com um princípio ou regra que lhe reconhecesse presunção de inocência"[18].

---

[16] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 55.

[17] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garatismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 442.

[18] PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acessado em: 03/12/2018.

> Essa Escola foi, sobretudo, capitaneada por um homem importantíssimo na história do direito penal e do processo penal, mas também do ponto de vista político, Vincenzo Manzini, que escreveu o relatório ministerial do projeto preliminar do Código de Processo Penal e no qual afirma que a regra da presunção de inocência era desajeitadamente irracional e contraditória (goffamente paradossale e irrazionale), além de constituir estranho absurdo do empirismo francês (strana assurdità dall'empirismo francese), e, como tal, sem lugar num ordenamento jurídico civilizado, enquanto preocupado com a defesa da sociedade em primeiro lugar.
>
> Esse penalista teve influência decisiva, não apenas na elaboração do Código de 1931, mas também na redação da Constituição italiana de 1948. O Código de Processo Penal Italiano de 1913 não fazia nenhuma referência à presunção de inocência. O de 1931 foi que, como modelo do nosso Código de 1942, instaurou a prisão preventiva obrigatória. (...)[19]

Ao inserir a dogmática do positivismo jurídico na seara processual penal, Vincenzo Manzini propôs a substituição da "presunção de inocência" iluminista pela "presunção de não culpabilidade", pois para ele o escopo do processo não é analisar a inocência, mas, sim, a culpa, de modo que "enquanto o juiz não tenha decidido pela culpa do acusado ele será presumivelmente não culpado"[20].

Frisa-se que, para alguns autores, essa escola deriva da corrente crítico-forense, sendo parte da escola clássica italiana, ou mesmo de Carrara, assim a classificam mais como uma corrente de renovação metodológica, do que como uma escola propriamente dita. Em todo caso, ambos os pensamentos influenciaram na elaboração do Código Rocco italiano de 1930, a que Cezar Peluso faz referência ao citar o ano em que entrou em vigor, onde se restringiu o pensamento liberal reformador e por consequência privou-se o princípio da presunção de inocência de significativa parcela de sua eficácia.

As ideias formuladas pelas citadas escolas penais também influíram na formulação das legislações penais e processuais penais brasileiras. Nas primeiras décadas do século XX, o Brasil passava por grande turbulência social, em razão da abolição da escravatura e da adoção da república como forma de governo, o que propiciou a adoção de vários fundamentos do positivismo antropológico de Lombroso, bem como de outras características da Escola

---

[19] Ibidem.

[20] ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129.

Positiva, introduzidos por Institutos de Criminologia, criados na época. Posteriormente, características das escolas Positiva e técnico-jurídica foram inseridas no Código Penal de 1940 e no Código de Processo Penal de 1941, que tiveram como base o Código Rocco italiano de 1930, que tem forte influência inquisitorial, por ter tendências totalitárias.

Sobre o Código Penal de 1940, Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli aduzem que:

> O código de 1940 possui uma parte especial ordenada da mesma maneira que apresentava o projeto Galdino Siqueira, ou seja, encabeçada com os delitos contra a pessoa, mas com uma estrutura decididamente neoidealista, própria do código italiano de 1930. É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de 'medidas de segurança' pós-delituosas, que operavam através do sistema 'duplo-binário' ou da 'dupla via'. Através deste sistema de 'medidas' e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um 'tecnismo jurídico' autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de 'indesejáveis', pelas simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada. [21]

Após um longo período de autoritarismo e guerras mundiais, foi dada maior atenção aos direitos humanos em uma perspectiva universal e, com isso, "houve a reafirmação internacional da presunção de inocência como um dos primados juspolíticos mais importantes para a constituição de nações livres e democráticas", o que foi feito, formalmente, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que dispõe: "Todo homem tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, com todas as garantias da defesa."[22]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem caráter mandatório, entretanto, alguns defendem que sua força jurídica vinculativa decorre dos princípios gerais de direito, pois os direitos humanos constituem preceitos

---

[21] PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

[22] ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 178.

éticos mínimos, que devem ser por todos reconhecidos como essenciais, para proteção da dignidade humana do cidadão.

Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, em conjunto com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formam o sistema global de proteção dos direitos humanos, dispôs em seu artigo 14.2, que "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa". Este dispositivo ingressou no Brasil por força do Decreto Presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992.

Em âmbito regional, importante citar a Convenção Americana, que, aprovada em 1969, entrou em vigor em 1978, sendo também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, determinou em seu artigo 8.2 que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Referido diploma legal foi ratificado pelo Brasil também em 1992 e possui o mesmo nível hierárquico das normas constitucionais, porquanto cumpriu as exigências estabelecidas no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23].

Referida disposição complementa o conteúdo do artigo 5º, LVII, CRFB/1988, conhecida como Constituição Cidadã, que diz: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Há autores que argumentam que o texto constitucional não fez alusão expressa ao conteúdo da presunção de inocência, tendo dado "preferência à fórmula da consideração da não culpabilidade", motivo pelo qual 'o preceito constitucional passou a ser denominado 'presunção de não culpabilidade'[24]. Nesse sentido, Edilson Mougenot[25] e Paulo Rangel, defendem que o "que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir".[26]

Gustavo Badaró, em posicionamento diverso, informa que, apesar da diferenciação terminológica, não há diferença de conteúdo entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade, pois as "expressões

---

[23] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[24] BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012, *passim*.

[25] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

[26] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25.

"inocente" e "não culpável" constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo", sendo "inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias"[27].

2. A TERMINOLOGIA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A expressão "presunção de inocência" foi consagrada, expressamente, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e foi mantida até os nossos dias, conforme demonstra sua reconstrução histórica. Contudo, ao longo do tempo, o termo despertou visões diferenciadas a respeito do seu conteúdo, o que, de acordo com Cezar Peluso, se deve ao fato "de o princípio ser conhecido por um nome que não o designa na substância"[28].

A palavra "presunção" vem do latim *praesumptio*, *onis,* cujo verbo *praesumere*, significa "antecipar, tomar antes ou primeiro, prever, imaginar antes. Resulta da combinação do verbo "sum, es, fui, esse"", cujo significado, entre outros, é acontecer, existir, suceder, valer, com o prefixo "*prae*", que indica a ideia de prioridade no tempo e no espaço e, também, de anterioridade. Sendo assim, a palavra presunção seria concebida como uma forma de se tomar, antecipadamente, algo que ainda não aconteceu ou que se prevê como provável de acontecer. "Há um juízo antecipado, uma preconcepção de que algo deve ser tratado ou concebido de uma determinada maneira."[29]

A palavra "inocência" provém do latim "*innocentia, ae*", que possui múltiplos significados, embora quase todos ligados a acepção vulgar ou religiosa do termo. Inocência em sentido vulgar é a "inteireza ou simplicidade de costumes; candidez, virgindade, ausência de malícia, pureza, desinteresse ou ingenuidade. No campo religioso, é qualidade de quem nunca pecou ou ignora o mal". Contudo, no período iluminista foi inserido "no sentido filosófico de um estado ideal e hipotético a ser conferido ao cidadão"[30].

---

[27] BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012, *passim*.

[28] PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acessado em: 03/12/2018.

[29] ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 83.

[30] Ibidem, p. 87-88.

Para Cezar Peluso o problema da expressão "presunção de inocência", não está na palavra inocência, mas no uso do vocábulo "presunção", pois no Direito esse tem apenas dois significados, qual seja: a presunção legal, ou *praesumptio iuris*, e a presunção lógica, ou *praesumptio hominis*, e ambos são estranhos ao sentido dado a presunção de inocência, onde é empregado em sentido figurado.[31]

A presunção legal é definida pelo autor como "uma técnica de criação de realidades do mundo jurídico", onde se opera uma "verdade jurídica que, comparada com a realidade extrajurídica, reflete aquilo que ordinariamente ocorre nesta realidade"[32]. Esta presunção se divide entre absoluta (*jure et de jure*) e relativa (*juris tantum*). A absoluta é a que não admite contestação, enquanto que a relativa é um conceito antecipado, válido até que se prove o contrário. Contudo:

> Na positivação do princípio, o direito não faz nenhuma afirmação de realidade ou de fato, quando firma o significado da dita presunção de inocência. Ele não está dizendo que, ordinariamente, quem seja acusado é sempre inocente, o que, em si, já seria despropósito notável. Não há nenhuma base factual para especulação tão absurda, nem tampouco preocupação constitucional a respeito, a qual não está em afirmar o que se passaria na realidade extrajurídica. A referência a presunção tem, na denominação do princípio, outro alcance, designadamente de caráter axiológico, como veremos logo mais. Portanto, o princípio não encerra nenhuma presunção legal ou iuris.[33]

Já a presunção lógica possui um sentido que vai além do campo jurídico, por se tratar de "mera regra de lógica, regra de raciocínio", que significa um "tipo de raciocínio baseado na indução", pelo o qual, a partir do uso de regras de estatísticas e "de observação daquilo que acontece no mundo, permite ao juiz passar do conhecimento de um fato, que está provado, à admissão ou certeza da existência de outro, que precisa de início ser provado e guarde relação lógica com o primeiro"[34]. Ou seja, faz-se uma operação lógico-dedutiva, onde liga-se um fato provado ou um indício a outro probando, sendo presunção o nome jurídico dado ao liame entre ambos.

---

[31] PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acessado em: 03/12/2018.

[32] Ibidem.

[33] Ibidem.

[34] Ibidem.

Porém, Cezar Peluso afirma que o "alcance da chamada presunção de inocência não é produto de alguma avaliação estatística", de modo que o vocábulo seria impróprio para, "no uso técnico-jurídico, traduzir claramente o conteúdo normativo da regra constitucional".[35]

Outros estudiosos do tema criticam a terminologia "presunção de inocência", por considerarem que, se o imputado fosse presumido inocente, não seria possível contra ele proceder durante a *persecutio criminis*, pois estaria protegido contra o aparato repressivo estatal de forma absoluta. A presunção teria, então, o efeito de consolidar a condição de inocência, tornando-a imutável e intocável pelo Estado. Assim, autores clássicos do processo penal, como Damásio Evangelista de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, entre outros, propõem que seria mais adequada a expressão "Estado de Inocência", que daria a ideia de que o suspeito de cometer uma infração penal, apenas não seria considerado culpado até o trânsito de uma sentença penal condenatória, mas não seria presumido inocente, sendo esta relação dinâmica o suficiente para permitir a dialética investigativa e processual e possibilitar a ratificação da inocência ou contradizê-la mediante a apresentação de provas capazes de dirimir qualquer dúvida.[36]

Norte outro, há quem considere que discordâncias em relação à expressão "presunção de inocência" são frutos de uma de reflexão equivocada a respeito da natureza da palavra presunção no seu âmbito semântico e filosófico, onde é aplicada apenas de modo relativo ou *juris tantum*.

> Para a filosofia, presumir é emitir um juízo sobre algo considerando-o válido até que se prove o contrário. Provar, aqui, está no seu sentido argumentativo, remetendo-se à própria retórica do convencimento. Em nível sintático, será verbalizado em proposições, sendo, deste modo, uma proposição que fala sobre algo sem certezas. Neste primeiro passo, a presunção seria tida por algo antecipado e provisório: antecipado, uma vez que é emitido antes mesmo do consenso entre as partes comunicantes de seu sentido; provisório, pois sempre poderá ser modificado quando enfrentado por outra proposição mais forte em tom retórico.[37]

---

[35] Ibidem.

[36] SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal – Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 159-160.

[37] HARET, Florence. Por um conceito de presunção. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 725-744, jan./dez. 2009, p. 729.

Malatesta, nessa perspectiva, afirma que a presunção se refere aquilo que é "ordinário" e o ordinário para os homens é a inocência, sendo o crime a exceção, pelo que a presunção de inocência é naturalmente deduzida da vida real. O raciocínio presuntivo está ligado a probabilidade, pois parte da "premissa do ordinário modo de ser das coisas" e chega "apenas a conclusões prováveis". E somente na certeza que parte da "premissa do constante modo de ser das coisas" é que se alcança "deduções certas"[38].

Em sentido oposto, há quem considere a expressão "presunção de inocência" imprópria como um todo. Paulo Rangel, por exemplo, diz que a "terminologia presunção de inocência não resiste a uma análise perfunctória", pois quando se interpõe um recurso da sentença do juiz de primeiro grau, que pode decidir pela inocência ou culpa do réu, surge uma condição ligada a evento futuro e incerto, que é a reforma ou não da sentença pelo tribunal. Nesse caso, o magistrado pode presumir o réu como inocente ou como culpado. "Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Nesse momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência."[39]

Em todo caso, ainda que não seja tecnicamente correta, a expressão "presunção de inocência" está consolidada, como regra aplicável em favor de qualquer pessoa, alvo de uma persecução penal, que é posta em um estado de inocência provisório, que afasta qualquer suposição ou juízo antecipado de culpabilidade, até que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação penal, lastreada em provas que eliminem qualquer dúvida razoável.

3. ALCANCE E DIMENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A evolução histórica da presunção de inocência com sua inserção nos diplomas legais demonstra a conexão do seu conteúdo com a obtenção de dignidade por parte do imputado, que passou a ser visto como uma pessoa portadora de direitos, ainda que sobre ele recaia a suspeita do cometimento de um crime, no entanto, não evidencia qual o seu âmbito de aplicabilidade.

---

[38] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 133-178.

[39] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25.

A presunção de inocência possui múltiplas facetas na seara processual. Jordi Ferrer Beltrán indica que este macrodireito pode ser decomposto em quatro aplicações principais, quais sejam: (1) como princípio informador do processo penal; (2) como regra de tratamento processual; (3) como regra probatória; e (4) como regra de julgamento.[40]

Como princípio informador do processo penal, Jordi Ferrer Beltrán destaca que a presunção de inocência é tida como base de todo o procedimento criminal, pois, além de condicionar sua estrutura, limita o Poder Legislativo, que deve regular o processo penal de determinado modo, e serve como critério de interpretação das normas vigentes[41]. Essas características condizem com a definição dada por Gustavo Badaró ao considerar a presunção de inocência como garantia política, quando diz:

> A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar o princípio, é como garantia política do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.[42] (Grifos nossos)

No mesmo segmento, Aury Lopes Jr.[43] e André Nicolitt[44] defendem que a presunção da inocência é um "princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)", e, asseveram, que "embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser

---

[40] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, *passim*.

[41] Ibidem, p. 156-157.

[42] BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012, *passim*.

[43] JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 177.

[44] NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo".

A presunção de inocência é regra de tratamento processual, na medida em que qualquer pessoa que seja colocada como sujeito passivo em um processo penal, deve ser tratada como se fosse inocente, até que seja comprovado o contrário, através de sentença que declare a sua culpabilidade[45]. Ao complementar essa ideia faz-se alusão a citação Pisani usada por Gustavo Badaró e Aury Lopes Júnior, que diz que a presunção de inocência é "uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal"[46]. Essa característica decorre do citado artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Além disso, têm implicações diretas sobre como deve ser realizado o procedimento probatório, que acarretará em um julgamento que

> a) deve ser a conclusão de um procedimento no qual tenha ocorrido, ao menos, uma mínima atividade probatória; b) que possa ser considerada prova de autoria; c) produzida pela acusação; d) praticada em um juízo oral; e, e) que tenha sido obtida respeitando todas as garantias constitucionais e legais.[47]

Essas características da presunção de inocência têm origem na doutrina anglo-saxã, que adota o *Common Law* como sistema jurídico e onde, apesar de reconhecido, não encontra-se registrado em norma escrita.

Como regra de julgamento, a presunção de inocência é aplicada no momento da valoração da prova, de modo que se essa não for conclusiva em demonstrar a culpabilidade, a dúvida deve ser resolvida a favor da inocência do acusado[48]. Sobre o tema, Gustavo Badaró e Aury Lopes Júnior ensinam que:

---

[45] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, p. 157-158.

[46] BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência*: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer apresentado nos autos do HC nº 126.292/STF. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acessado em: 10/12/2018.

[47] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, p. 163.

[48] Ibidem, p. 169.

> 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. Trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento 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. É de se destacar que, em tal caso, embora a presunção de inocência esteja diretamente ligada à prova, não se trata de uma presunção em sentido técnico processual.[49]

Jordi Ferrer Beltrán, ao tratar do Direito espanhol, explica que a presunção de inocência possui, ainda, dimensão extraprocessual quanto ao poder sancionador do Estado, que tem o dever de considerar e tratar o imputado de acordo com seu status no processo e também nas relações entre particulares, que não devem aplicar consequências ou efeitos jurídicos em decorrência de crimes em relações jurídicas, como no caso de tratamento informativo e jornalístico, que "são proibidos de atribuir a uma pessoa a comissão ou participação de um delito (ou infração não penal) até que se produza sentença condenatória ao respeito".[50]

4. INTERPRETAÇÃO IDEOLÓGICA DO CONTEÚDO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar do abrangente âmbito de aplicabilidade, como toda regra ou princípio jurídico, a presunção de inocência pode sofrer restrições. Porém, por estar relacionada a diversos assuntos jurídicos, como a liberdade, o tratamento conferido ao imputado, a produção e apreciação da prova, dentre outros, a forma como a presunção de inocência é interpretada e valorada, em um ordenamento jurídico, pode aproximá-lo ou afastá-lo do Estado Democrático de Direito.

---

[49] BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência*: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer apresentado nos autos do HC nº 126.292/STF. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acessado em: 10/12/2018.

[50] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, p. 155.

A existência da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro é inegável, pois, ainda que se refute sua inclusão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o país ratificou tratados internacionais, que adotam a presunção de inocência e que aqui adentraram com *status* de norma constitucional. Entretanto, a presunção de inocência possui distinta valoração e aplicabilidade no decorrer do andamento da persecução penal no Brasil, o que facilita a manipulação do seu conteúdo pelas autoridades judiciárias.

A construção histórica da presunção de inocência demonstrou que o legislador processual penal brasileiro, de 1941, utilizou como parâmetro um sistema estruturado com base na rejeição da presunção de inocência. Sendo assim, temos um processo penal que, em nível infraconstitucional, pretere a presunção de inocência ao adotar regras e institutos que divergem do seu conteúdo democrático, embora em âmbito constitucional, onde se estabelece toda a conjuntura social que compõe o Estado, esta seja considerada como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, o que gera uma contradição.

Ademais, a inclusão da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro se deu de forma incompleta. Vejamos: o artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, utiliza a expressão universal, em seu sentido negativo, "ninguém", que deve ser interpretada, literalmente, no sentido de que, independentemente da qualificação (indiciado, acusado ou réu), a presunção da inocência protegerá o imputado de qualquer tratamento considerado abusivo, de modo que, somente poderá ser "considerado culpado", após "o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Em nenhum momento o referido inciso fala expressamente em "inocência", o que já demonstra haver uma lacuna em relação a abrangência de sua aplicação.

Em um julgado de 2016, ao abordar a temática, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a problemática do arranjo verbal dado pelo constituinte, ao dizer que "a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que venha a se considerar alguém culpado", o que depende de intermediação do legislador, que poderá regulamentar procedimentos "tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui", desde que "não se atinja o núcleo fundamental"[51]. Esse entendimento autorizou as prisões provisórias e o

[51] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF – *Habeas Corpus* nº 126.292 SP, 2016.

início do cumprimento da sentença penal condenatória em segunda instância, antes do trânsito em julgado, já que estaria esgotada a discussão fática.

Acontece que, antes do julgado supracitado, o Supremo Tribunal Federal entendia que somente cabia execução da pena após o julgamento de todos os recursos, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, interpostos.

Essa mudança de entendimento, relativamente recente, só foi possível em razão da falta de delimitação da amplitude do conteúdo da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, o que permite a manipulação do seu uso pelo Judiciário, que ora o legitima, ora o restringe, ora o ignora, de acordo com os interesses políticos do momento.

Nesse sentido, vale citar Luis Alberto Warat, que ao tratar sobre a interpretação das leis, diz:

> Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei.[52]

Assim acontece com a presunção de inocência, cuja inserção no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que por meio da ratificação da Convenção Americana, que a prevê em seu artigo 8.2, ao dizer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa", não se deu de forma completa, o que permite interpretações restritivas do seu conteúdo pelas autoridades, sob o discurso de implementação de instrumentos, que dizem ser legítimos e que aparentam ser efetivos, para combater a impunidade.

Contudo, o que de fato ocorre é a desestabilização do Estado Democrático de Direito pela não observação das normas constitucionais e da intenção do constituinte, o que aproxima o processo penal de ideais inquisitoriais, onde o juiz, no caso o inquisidor, tinha amplos poderes interpretativos e decisórios. O processo penal deixa, então, de ser usado como um instrumento a serviço da liberdade individual e passa a ser usado como um mecanismo de combate a criminalidade.

---

[52] WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 20.

Conforme pontua Warat, fala-se "do Estado de Direito como garantia para o homem, de modo a permitir que uma sociedade possa sonhar com o que não tem e possa falar da democracia, vivendo numa forma social cada vez mais totalitária".[53] Essa análise se aplica a realidade processual penal brasileira, que, inserida em um discurso democrático, encontra-se, na prática, ainda imersa em uma mentalidade inquisitorial.

As autoridades que representam o Estado nos três níveis de poder, o usurpam e o corrompem em prol de interesses que fogem a sua competência. É o que ocorre com o Judiciário, e, principalmente, com Supremo Tribunal Federal, que munido por uma necessidade de justiça e efetividade, diante de um clamor social pelo combate à criminalidade, em destaque, os crimes de colarinho branco, como a corrupção, acaba por avocar para si, função que não lhe compete, qual seja, a de legislar e com isso não consegue se ater a taxatividade do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988.

Warat ensina que:

> a ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. A montagem mítica que impregna o discurso jurídico ocidental gera uma relação imaginária entre o saber e as práticas do direito. Isto introduz um campo simbólico (um eco de representações e ideias) que serve para dissimular conflitos e antagonismos que se desenvolvem fora da cena linguística.[54]

Essa reflexão aplica-se com perfeição a atual interpretação conferida à presunção de inocência, cujos argumentos utilizados pelas autoridades, para legitimarem sua restrição, não se sustentam diante de uma análise mais apurada, pois sabe-se que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, com a sucessão dos graus de jurisdição, seu termo se dá apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sendo assim, fica evidenciada que as mudanças de interpretações do conteúdo da presunção de inocência ao longo dos últimos anos estão ligadas a questões ideológicas, que levam as autoridades a usar o Direito, em especial o penal e o processual penal, como um instrumento de política social.

---

[53] Ibidem, p. 22.

[54] Ibidem, p. 57.

CONCLUSÃO

Conclui-se que é necessário estabelecer parâmetros na legislação para aplicação da presunção de inocência para que haja segurança jurídica, pois ainda que se reconheça a necessidade de medidas mais efetivas na seara penal, para que se combata a impunidade e a criminalidade crescente, essas não podem ferir o texto constitucional. Ademais, qualquer restrição ao conteúdo fundamental da presunção de inocência deve partir do texto constitucional e não de mera interpretação por parte do Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer apresentado nos autos do HC nº126.292/STF. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acessado em: 10/12/2018.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garatismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acessado em: 30/12/2018.

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

HARET, Florence. Por um conceito de presunção. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 725-744, jan./dez. 2009.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acessado em: 03/12/2018.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2004.

ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Safe, 1995.

"AS CONSEQUÊNCIAS VÊM SEMPRE DEPOIS": PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SEUS EFEITOS PROCESSUAIS

Marcellus Polastri Lima (in memoriam)[1]
Nestor Eduardo Araruna Santiago[2]
Mário João Ferreira Monte[3]

1. UMA HOMENAGEM

Este texto, cuja ideia partiu inicialmente do Prof. Marcellus Polastri Lima, foi complementado pelos outros dois autores no decorrer de quase dois anos. Pode parecer muito tempo, mas foi o necessário para que as questões a ele inerentes tomassem forma. Houve bastante troca de correspondência eletrônica até chegarmos a uma definição.

---

[1] Nasceu em Belo Horizonte MG no dia 10/05/1955, faleceu no Rio de Janeiro em 13/02/2019. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor da Graduação e do Mestrado da UFES – Universidade Federal do Espírito Santo (Direito Processual Penal e Recursos Excepcionais e Ações de Impugnação). Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na Georg-August Universität Göttingen-Alemanha. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

[2] Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho, Portugal. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado Criminalista. E-mail: <nestor@nestorsantiago.com.br>.

[3] Doutor em Direito. Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Por essas rasteiras que o Destino nos prega, Polastri – assim era conhecido no meio profissional e acadêmico – deixou o plano terreno durante o sono noturno, do qual infelizmente não acordou. Talvez seja o único texto inédito que conte com a participação dele. Como forma de homenagem *post mortem*, com a devida autorização de sua mulher Renata Vitória Oliveira Polastri, traz-se a público este breve ensaio a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da presunção do estado de inocência, cujas reflexões são concisas, porém bem profundas.

Registre-se, ainda, que Polastri sempre teve um espírito livre-pensante, sustentando com veemência suas opiniões, coisa rara hoje no meio jurídico, massacrado pela leitura fácil e pelas "showlestras". Amava suas filhas, sua mulher, os amigos, suas atividades profissionais, a vida e o Clube Atlético Mineiro. Ao amigo, fica aqui a sincera homenagem de quem está na saudade.

2. A PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E O JULGAMENTO PELO STF

Apesar de, originalmente, o Código de Processo Penal (CPP) não atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, a partir de 2009 começou a se firmar a jurisprudência do STF no sentido de se permitir a aplicação de tal efeito[4]. Porém, em 17 de fevereiro de 2016, o Pleno do STF julgou, por maioria, o *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292, que discutia a legitimidade de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que, após confirmar a condenação do primeiro grau, determinou o início da execução provisória da pena. Assim, o STF mudou sua orientação a respeito, passando a adotar o entendimento de que seria possível a execução provisória da pena depois de decisão condenatória em segunda instância.

O relator do processo foi o falecido ministro Teori Zavascki, e seu voto condutor foi no sentindo da mudança da jurisprudência (consolidada a partir de 2009), afirmando a impossibilidade de se conceder efeito suspensivo a recurso excepcional, no que foi seguido pela maioria. O Ministro Gilmar Mendes argumentou que por ser o princípio da presunção do estado de inocência

[4] A partir de 2009 se firmou a tendência em se considerar como derrogada a possibilidade de se dar efeito suspensivo no recurso excepcional (apesar do CPP no seu art. 637 o vedar, prevendo existir somente o efeito devolutivo), por se entender não ter sido o art. 637 recebido pela Constituição de 1988 e, assim, não seria possível a vedação do efeito suspensivo e, consequentemente, não ser possível a imediata execução da pena (mesmo provisoriamente).

passível de conformação pela legislação ordinária, bem como a garantia da ordem pública autorizar a prisão em casos graves, uma vez esgotadas as vias ordinárias, o entendimento do STF deveria ser revisto. Dessa feita, a nova orientação do STF considera que não se deve reconhecer o efeito suspensivo e impõe a possibilidade da execução provisória da pena imposta em segundo grau, quando interposto o recurso excepcional.

Todavia, a questão merece ser examinada com mais profundidade, seja pela doutrina, seja mesmo pelo STF, tendo em vista o sistema adotado no Brasil acerca dos recursos excepcionais, do qual resulta a natureza dessas impugnações (recursos extraordinário e especial), pois esta mudança de posicionamento pelo STF se traduz ao menos em uma incoerência. Entre nós, os recursos excepcionais são *recursos*, ao contrário de outros países, como Portugal, por exemplo, onde apesar de existir o *recurso extraordinário*, este é, na verdade, uma *ação de natureza rescisória*, ou seja, uma *verdadeira ação de impugnação*[5].

[5] Em Portugal, o CPP determina como recursos extraordinários, no artigo 437.º, o de "Fixação de Jurisprudência", e, no artigo 449.º, o de "Revisão". Neste último, que é o que nos importa para o nosso estudo, é pressuposto do recurso o *trânsito em julgado* da decisão final respetiva. Por isso, os fundamentos são muito apertados: "a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos ns. 1 a 3 do artigo 126.º; f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça". Como explica SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português. Do Procedimento (Marcha do Processo),* Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 368: "O princípio da justiça exige que a verificação de determinadas circunstâncias anormais permita sacrificar a segurança que a intangibilidade do caso julgado exprime, quando dessas circunstâncias puder resultar um prejuízo maior do que aquele que resulta da preterição do caso julgado, o que é particularmente sensível no domínio penal em que as ficções de segurança dificilmente se acomodam ao sacrifício de valores morais essenciais." Por isso é que os fundamentos para o recurso de revisão, em matéria penal, são muito apertados. O que significa que a maior parte dos fundamentos para um recurso, em geral, cabem no âmbito do recurso ordinário. E, portanto, dentro deste, em Portugal, nunca será possível executar uma sentença penal, desde que haja possibilidade de recurso. Ao passo que no recurso extraordinário, que pressupõe sempre como condição intangível o trânsito em julgado da sentença penal, a existência de novas provas, por exemplo, admite sempre o recurso de revisão.

Assim, em Portugal e em outros países, após o trânsito em julgado em segundo grau já existe a execução penal. Em outras palavras, para que se possa interpor o *recurso extraordinário* português, é necessário que se dê o *trânsito em julgado*. Para a interposição dos recursos excepcionais previstos na Constituição Federal (CF), ao contrário, exige-se que não se dê a preclusão, *inexistindo, assim, trânsito em julgado*, pois as questões federais e/ou constitucionais, ao menos no que tange ao direito objetivo, ainda ficam na pendência de exame pelo Tribunal Superior a respeito, em caso da interposição recursal excepcional: portanto, a decisão *a quo* não transita em julgado.

Tais meios de impugnação são oriundos do sistema da *common law*[6], especialmente do direito americano, e na forma que foram assumidos no Brasil, esteja certa ou errada tal opção brasileira, *impedem a preclusão* e, consequentemente, *o trânsito em julgado material de determinada relação processual*.[7]

Portanto, com a decisão do STF, abandona-se a tradicional opção brasileira, aproximando-se, nessa matéria, da legislação de alguns países europeus,

---

[6] Barbosa Moreira, fazendo um escorço histórico, salienta que o recurso extraordinário "é instituto de origem norte-americana. [...] Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ oferror*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 580/582).

[7] Na verdade, como dispõe Barbosa Moreira a diferenciação é histórica e reside entre as diferenças de sistemas: "A distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que alude a parte final do art. 467 (antigo CPC), é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde, à vista de textos expressos (Código de Processo Civil, arts. 676 e 677), os recursos chamados extraordinários se diferenciam com toda a clareza dos ordinários pelo fato de que a interdisponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. [...] Diversa é a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. Ela merece, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil do ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotula de ordinário (arts. 102, n. II, e 105, n, II). (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, págs. 579/583)

como é o caso já mencionado de Portugal. Porém, isso não poderia se dar de maneira tão simples, ou seja, apenas por meio de fixação de uma decisão, pois, para que se fizesse essa guinada, deveria ser revista toda a doutrina e a legislação a respeito, inclusive a constitucional, pois nessa se prevê se tratar a impugnação excepcional de um recurso e, como tal, com sua interposição se prorroga a relação processual e, assim, incabível seria a execução provisória da pena, notadamente em razão da presunção do estado de inocência.[8]

Após esse julgamento, a comunidade jurídica esperava uma mudança de posição do STF, já que alguns ministros continuavam decidindo monocraticamente em sentido contrário, e a questão, assim, não estava pacificada. Porém, em 5 de outubro de 2016, ao apreciar pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, o Plenário do STF voltou a examinar o caso e, também por maioria, entendeu que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares[9]. Em 1º de setembro, o relator das duas ações,

---

[8] Eis a ementa do julgado:
"17/02/2016 – PLENÁRIO – *HABEAS CORPUS* 126.292 – SÃO PAULO.
RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE. (S): MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE. (S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS COATOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: 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. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. 2. *Habeas corpus* denegado."

[9] Nas ADCs o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, mudando o posicionamento fixado no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292, acórdão que teria ferido princípio constitucional da presunção de inocência, e não teriam apreciado o que é disposto no artigo 283 do CPP, que seria contraditório com a decisão.

ministro Marco Aurélio, já tinha votado no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, concedendo a cautelar pleiteada, mas, com a retomada do julgamento na sessão de 5 de outubro de 2016, por apertada maioria (um voto), prevaleceu o entendimento de que a norma do art. 283 do CPP não veda o início do cumprimento da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Em que pesem os argumentos da maioria, dada a natureza recursal dos chamados recursos especial e extraordinário, com a interposição deles se impedem a preclusão e a coisa julgada e, assim, qualquer execução que se faça antes é uma execução provisória da pena, o que deve ser repudiado, principalmente, no processo penal.

Importa compreender a razão de ser desta posição. Nos recursos ordinários, sempre que existe qualquer hipótese de recorrer, significa que a sentença nunca terá transitado em jugado. O fato de não ter transitado em julgado – independentemente da classificação técnica que o recurso possa ter – implica, necessariamente, que se mantém a presunção do estado de inocência. Para se executar a pena seria necessário que, pela via ordinária, não fosse possível recorrer. Por isso, se o legislador quisesse que a pena fosse executável, então teria de tratar este recurso como uma verdadeira ação de impugnação e não como um recurso. O fato de ser um recurso e não uma revisão extraordinária de sentença significa que o legislador considerou que nesta fase ainda de deve presumir a inocência do acusado. Ora, não se pode executar uma pena de uma pessoa que se presume inocente.

O meio adequado para se mudar a natureza dos recursos excepcionais seria por meio da via legislativa (ordinária e constitucional), transformando-se tais recursos em *ações autônomas de impugnação*, tal como proposto na conhecida "PEC Peluso" ou "PEC dos Recursos"[10]. Se tal fosse feito, não seria necessário aferir a incidência ou não de lesão ao princípio da presunção do estado de inocência, simplesmente porque, se assim previsto na CF e na lei, já se daria o trânsito em julgado. O mesmo ocorreria com decisões de tribunais de segundo grau que julgam em competência originária agentes que detêm prerrogativa de função[11].

---

[10] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>. Acesso em: 10/08/2019.

[11] No caso de competência originária ou de prerrogativa de função, o agente é julgado diretamente pelo Tribunal competente para julgamento e, assim, não teríamos o duplo grau de jurisdição e, portanto, nesse caso, segundo a decisão do STF, os condenados já poderiam ser presos em uma execução provisória. Isso se dá porque o art. 637 do CPP não

Ao não se ter feito isso, decorrem duas graves implicações: a uma, a execução da pena sem se esgotar os meios recursais disponíveis é grave violação do princípio da presunção do estado de inocência; a outra, a admissibilidade por via jurisprudencial da execução de pena em tais condições viola o princípio da separação de poderes, porquanto, para poder produzir efeitos, carecia de uma aprovação pelo Legislativo que, todavia, não ocorreu.[12]

Mas, é certo (ou errado) que agora há uma orientação a respeito e, ratificando que a decisão se tornou um precedente, o Plenário Virtual do STF, por maioria, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, que teve repercussão geral reconhecida, reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. Assim, a tese deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias[13]. O ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, pelo desprovimento do recurso,

distingue, ou seja, em qualquer hipótese, seja em duplo grau ou não, o recurso excepcional não terá efeito suspensivo. Para mais informações, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-09/comissao-retira-prisao-segunda-instancia-pacote-anticrime>.

[12] No momento em que se finaliza o texto para publicação – agosto de 2019 – ainda tramita na Câmara dos Deputados a proposta legislativa "Lei Anticrime", elaborada pelo Sr. Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro. Nela se previu a modificação do conceito de trânsito em julgado, mas foi de plano rejeitada pelos Deputados. Entendeu-se que a análise pela Casa Legislativa suprimiria a discussão do tema pelo STF, que ainda não pacificou o tema.

[13] No sentido que a decisão é um precedente, a doutrina de Hermes Zaneti: "O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC 126.292, Rel, Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927, V, CPC ('art. 927. Os juízes e Tribunais observarão [...] V – a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados') inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...] a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regitactum*." (ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regitactum* (matéria processual penal). *In:* CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC-Coordenação Geral Freddie Didier Jr., v. 13. Salvador: JUSPODIVM, 2016, p. 461-464).

com reafirmação da jurisprudência do STF, fixando a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF. A manifestação do relator pelo reconhecimento da repercussão geral foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual.

3. A DECISÃO NO HC Nº 126.292/SP E SEUS EFEITOS PROCESSUAIS

Fato é que, fixado o precedente no sentido da possibilidade imediata de execução provisória da pena privativa de liberdade, já se vislumbra uma contradição que terá de ser resolvida. É que, se após a condenação em segundo grau – ainda que haja absolvição no primeiro, com recurso de apelação do Ministério Público – sobrevier uma irregularidade processual à qual deva se impor a sanção de nulidade ou uma nova prova, dois efeitos se impõem: i) já não mais há possibilidade de se rediscutir prova[14], nova ou não; e ii) o acusado não pode adentrar com a revisão criminal, mesmo que de posse de uma prova nova que demonstre sua inocência, caso tenha impugnado a decisão de segundo grau mediante recurso excepcional, enquanto já estaria suportando os efeitos da condenação, pois já se começou executar a pena, mesmo que provisoriamente.

---

[14] Na decisão proferida pelo Tribunal Pleno no HC 126.292/SP, em que se reconheceu a possibilidade de execução provisória de provimento condenatório sujeito a recursos excepcionais, parte da premissa segundo a qual, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, é "*no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.*" E o Ministro Edson Fachin, no mesmo julgamento, e reiterando a posição no *HABEAS CORPUS* 133.387, afirma que: [...] "Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar injustiças do caso concreto. O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. 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". Em razão disso, fixou-se a tese no sentido de que: *"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o*

É que, segundo o precedente do STF, o exame da situação probatória ou fática no processo já estaria julgada. Somente haveria pendência quanto à análise de questão objetiva acerca de matéria infraconstitucional (recurso especial) ou constitucional (recurso extraordinário), pois, segundo ainda os fundamentos do precedente, *a matéria fática e probatória do processo já estaria preclusa*. Entretanto, de forma contraditória e em arrepio à técnica, *não se teria ainda trânsito em julgado para autorizar a revisão da condenação*. Mas, na prática, ainda de forma contraditória, *o processo quanto aos elementos probatórios já estaria findo.* A bem da verdade, um *limbo jurídico*.

Este é um paradoxo que foi criado com a decisão do STF. Explica-se: em caso de irregularidade processual grave que desafie imposição de sanção de nulidade poder-se-á impetrar *habeas corpus*; por outro lado, esta ação constitucional não é cabível para exame de prova nova. Assim, com a posição do STF que adota a execução provisória da pena sem que haja o trânsito em julgado, o acusado teria que: i) esperar o resultado do julgamento do recurso especial e/ou extraordinário interposto para, somente então, ajuizar a revisão criminal; ou ii) desistir do(s) recurso(s) excepcional(is) interposto(s) caso obtivesse uma prova nova que pudesse gerar sua absolvição ou diminuição da pena[15]. Em ambas as hipóteses, há um despropósito, pois a pena imposta ao acusado já estaria sendo executada provisoriamente.

---

princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal."

[15] Ora, o recurso excepcional não é sede para se examinar prova nova e examinar pedido revisional, já que segundo os próprios fundamentos do precedente do STF para reconhecer a possibilidade de se executar provisoriamente a condenação, o exame da matéria fática e probatória já está exaurido com a decisão de segundo grau, pois conforme o Ministro Edson Fachin, em seu voto no julgamento dos pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44: "[...] 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. 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."

Esta situação viola ostensivamente o princípio da defesa plena ou da defesa da inocência. Para se estabelecer um paralelo, nos Estados Unidos da América é possível a revisão extraordinária da sentença pela existência de novas provas, mesmo que decorridos muitos anos sobre a condenação e respetivo trânsito. É interessante, a este propósito, verificar os resultados do "The Innocence Project"[16], que cuida de patrocinar a prova de inocência de injustamente condenados e que até agora já conseguiu inocentar de mais de 350 pessoas. Isso foi possível, basicamente, porque o sistema norte-americano permite a revisão com base em novas provas, como é o caso de apresentação de vestígios de DNA. Ora, a realidade brasileira, comprovada por este novo precedente, inviabilizaria esta possibilidade. Não esqueçamos que um precedente como este nos EUA teria um efeito trágico, já que ali, muitos daqueles condenados estavam aguardando a pena capital.

No que diz respeito ao Tribunal do Júri, a questão é ainda mais tormentosa, já tendo a 1º Turma do STF admitido a execução provisória da pena, inclusive após o julgamento popular *em primeiro grau*, independentemente de interposição de recuso para o segundo grau[17].

Já se inicia uma corrente sustentando como solução a *possibilidade da interposição da revisão criminal nos casos de confirmação da condenação em segundo grau e já interposto o recurso excepcional*[18], sob o argumento de que,

---

[16] Cf. disponível em: <https://www.innocenceproject.org/cases/>.

[17] Em julgamento na 1ª Turma do STF, prevaleceu o voto divergente do ministro Luís Roberto Barroso, julgou que "*a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade*" (HC 118.770, rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017). Para o ministro Barroso:
"[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, *c*), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, *caput* e LXXVIII, e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas".

[18] Neste sentido foi noticiado pelo CONJUR: "Se a condenação em segunda instância é o suficiente para formação de culpa e afastar a presunção de inocência, conforme *decidiu o Supremo Tribunal Federal em 2016*, o mesmo deve valer para se admitir a análise de revisão

em relação à matéria probatória, já haveria a preclusão e, assim *um processo findo* na área criminal e, como acentuam os próprios fundamentos do julgado precedente, *só se tornaria possível a modificação da análise probatória via revisão criminal*.

Mas essa solução radical[19] iria de encontro a toda construção histórica da revisão criminal, bem como à doutrina sobre o assunto, pois sempre se considerou que para que se pudesse propor a ação de revisão, seria necessária a ocorrência do trânsito em julgado. Como argumento a defender esta solução, já se teria um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) no caso de uma decisão de segunda instância que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se autorizaria a propositura da revisão criminal nesse caso, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional.

---

criminal. Está é a opinião do jurista *Lenio Streck* em parecer usado pela defesa de uma mulher condenada por lavagem de dinheiro, na esteira das investigações do conhecido assalto ao Banco Central em Fortaleza, em 2005. Em 2012, a pena da mulher foi reduzida a 10 anos e 8 meses de prisão pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sediado no Recife, e os recursos extraordinário e especial foram rejeitados pela vice-presidência da corte. Contra essas decisões, a defesa interpôs agravos, que aguardam julgamento. 'O Supremo Tribunal Federal relativizou o princípio da presunção de inocência. Isto é um fato. Portanto, discordando ou não, é preciso atentar para os efeitos colaterais dessa exegese. Ou seja, é impossível introduzir manobra de tal magnitude no sistema sem que se façam os reajustes necessários. É preciso ser coerente, inclusive no âmbito de eventuais incoerências. E parece-nos que a hipótese da revisão criminal é um desses reajustes, argumenta Streck. O jurista explica que, já que a condenação em segundo grau permite a prisão do réu, é preciso que ele tenha direito a recursos compatíveis com sua nova condição. Isso porque, continua, o Estado não pode exigir que o cidadão desista dos recursos nas instâncias superiores para que possa ajuizar a revisão criminal.' Atendidos os pressupostos do artigo 621 do Código de Processo Penal, não se pode impedir o condenado de buscar o reexame de seu processo – por meio da revisão criminal –, porque, para o Estado juiz-acusação, o segundo grau já constitui elemento suficiente, de mérito, ao cumprimento da pena. Em outras palavras: o Estado-juiz acusação passou a entender que o Segundo Grau esgota o mérito. Sendo isso verdadeiro, e neste momento é assim que entende o STF, então o uso do único remédio para desconstituir o acórdão condenatório é a revisão criminal, conclui." *In:* DOIS LADOS DA MOEDA: Prisão antecipada permitiria revisão criminal antes do trânsito em julgado, disponível em: <http:/ / www.conjur.com.br/2017-Ago-13/Prisão-Antecipada-perimitiria-RevisãoCriminal-Antes-Fim-Açao>. Acessado em: 13/08/2017.

[19] Mas aqueles que assim defendessem, a prevalecer o entendimento da 1ª Turma do STF, que depois do julgamento que resultou em condenação pelo Tribunal do Júri já poderia se dar a execução provisória da pena, não poderiam sustentar ser cabível a revisão nessa hipótese, pois ainda seria possível o reexame no segundo grau, e só nesse caso se esgotariam as vias ordinárias e passaria a ser possível o recurso excepcional.

A origem do fundamento desta corrente de pensamento, cuja perplexidade não se pode deixar de aferir, estaria no próprio precedente fixado pelo STF, pois, como reconheceu o Ministro Teori Zavascki no ARE 964.246, "ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". Isso porque, ainda segundo ele, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição por não se prestarem ao debate de matéria fático-probatória. Assim, conforme o ministro, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa.

Entretanto, apesar de o artigo 621 do CPP só exigir "processo findo" para autorizar a propositura da revisão criminal e não o trânsito em julgado como se faz na rescisória cível, é certo é que a expressão desde a origem do instituto sempre foi equiparada à coisa julgada, ou seja, sempre se exigiu que já não mais fosse possível qualquer recurso. A origem remonta às Ordenações Filipinas, antes de termos normas brasileiras a respeito e, no Brasil, desde a lei de 18 de setembro de 1828, que dispunha, em seu art. 9º, ser a revisão possível "não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes".[20]

Assim, seria temerário se entender o contrário, até porque antes da coisa julgada haveria, inclusive, um sério problema de competência, pois, se o recurso excepcional já está para ser examinado no Tribunal Superior, esse só poderia conhecer de matéria de direito objetivo, e seria um despropósito que, concomitantemente, se instaurasse uma revisão criminal no Tribunal de segundo grau.

Melhor solução seria se aceitar o cabimento *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova quando fosse o caso de execução provisória da pena, pois, apesar desta possibilidade ser rechaçada pela doutrina e jurisprudência em casos normais, o certo é que desde a Constituição Republicana de 1891[21], da forma que foi previsto, o *habeas corpus* nunca teve um cabimento restrito

---

[20] Cf. o escorço histórico de Sérgio de Oliveira Médici, na sua obra *Revisão Criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111/140, onde se demonstra que para a revisão criminal, durante toda a nossa história sempre se fez necessário o trânsito em julgado da decisão, e que este era o sentido da expressão *processo findo*.

[21] "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, *por ilegalidade ou abuso de poder*."

para a coação da liberdade de locomoção do indivíduo[22] e, assim, em um caso extraordinário como este provocado pelo precedente do STF, poderia ser utilizado o *writ*. Justamente por ter o *habeas corpus* um espectro muito amplo, o *writ* encontrou um campo fértil para a sua utilização para fazer às vezes de recursos ou de outras ações de impugnação. Por esta razão é que surgiu a chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", que fazia com que esse fosse um *remédio* para todas as coações, ilegalidades e abuso de poder.[23]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O certo é que o precedente do STF traz mais esta incoerência, ou seja, a situação esdrúxula de o acusado já estar cumprindo pena em caráter de execução provisória – se é que se pode falar em provisoriedade de execução de uma pena com caráter definitivo, mas que também não é prisão cautelar – e não poder se valer da ação revisional, no caso de ter interposto recurso excepcional. A solução para essa hipótese irá gerar dificuldades por se esbarrar

---

[22] Teori Zavascki, parece entender que qualquer problema gerado pela execução provisória da pena poderia ser resolvido mediante *habeas corpus,* em seu voto no julgamento pelo Plenário do STF que apreciou as liminares pedidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, quando frisou que: "o que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) *a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus. Embora a ação de habeas corpus não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas per saltum, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, 'antecipada' pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente***.** Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa *persona* processual, formando verdadeiros 'colegiados de garantias', cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária." Porém, certamente que o saudoso Ministro não cogitou, naquele momento, de apreciação de "prova nova" via *habeas corpus*, pois, evidentemente, a cognição sumária desse *writ* colide com a possibilidade de um profundo exame probatório.

[23] Evidente que uma vez se dando o trânsito em julgado com o julgamento do recurso excepcional, mantendo-se a condenação, o remédio seria a revisão criminal, quando surgisse a prova nova.

em empecilhos jurídicos, seja qual for o meio de impugnação que se pense. Mas a persistir o precedente do STF, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição ou diminuição de pena, mas já esteja, efetivamente, cumprindo uma pena mediante execução provisória e impossibilitado de buscar a pronta reapreciação da decisão, o que causará uma evidente injustiça.

Esta injustiça atenta contra a dignidade da pessoa humana que se sobrepõe a qualquer exigência de natureza processual.[24] O princípio da presunção do estado de inocência não é um princípio meramente processual. É um direito subjetivo que radica na condição humana que é de inocência (até prova do contrário). É, portanto, um *direito humano*[25]. Qualquer obstáculo à prova da inocência é um grave atentado à dignidade humana. E, por isso, o cumprimento de uma pena sob tal condição é mais injusta do que a justiça que pretensamente se pensa alcançar com a condenação atingida.

Ora, é tão injusta uma execução de pena sem que o processo tenha transitado em julgado – por ofensa do princípio da presunção de inocência – como é igualmente injusta a denegação do direito de defesa da inocência por apresentação de novas provas – ainda por ofensa daquele princípio, porque a presunção de inocência não se presume apenas até trânsito em julgado, mas até prova do contrário, nos casos especiais e anormais de prova superveniente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MONTE, Mário J. Ferreira. Prova biológica, presunção de inocência e direitos humanos. *In*: ROCHA, Maria Elizabeth *et al.* (coord.). *O Alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017, E-book.

---

[24] Sobre o assunto, cf. SABOIA, Jessica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e sua relativização pelo STF. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 53-74, maio/ago. 2018.

[25] Para Germano Marques da Silva (*Direito processual penal português. Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto*. Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2013, p. 51): "A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico-jurídico (art. 349.º do CC); é um princípio cultural do nosso tempo, um princípio geral do Direito que recebeu consagração nos textos internacionais sobre direitos fundamentais e nas constituições democráticas modernas como a portuguesa." Sobre o assunto, veja-se MONTE, Mário Ferreira. Prova biológica, presunção de inocência e direitos humanos. *In:* ROCHA, Maria Elizabeth *et al.* (coord.). *O Alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017, E-book (no prelo), p. 315 e ss.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

SABOIA, Jessica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e sua relativização pelo STF. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 53-74, maio/ago. 2018.

SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português. Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto.* Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2013, v. I

SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português. Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dois lados da moeda*: prisão antecipada permitiria revisão criminal antes do trânsito em julgado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-Ago-13/Prisão-Antecipada-perimitiria-RevisãoCriminal-Antes-Fim-Açao>. Acessado em: 13/08/2017.

ZANETI Jr., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). *In*: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (orgs.). DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 13.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO POR DECISÃO DE 2ª INSTÂNCIA

Marcelo Leonardo[1]

1. MODALIDADES DE PRISÃO NO BRASIL

No Brasil, conforme a Constituição da República e o Código de Processo Penal, temos duas modalidades de prisão.

A *prisão provisória*, do investigado ou acusado, no curso do inquérito policial (fase de investigações) ou da ação penal (processo em juízo), antes da condenação definitiva a pena privativa de liberdade.

A *prisão definitiva*, do condenado a pena privativa de liberdade, por sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, contra a qual não cabe mais nenhum recurso.

> CF – Artigo 5º – inciso 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.
>
> CPP – Artigo 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).

A *prisão provisória* é gênero de que são espécies, segundo a legislação processual penal brasileira, as seguintes modalidades:

---

[1] Advogado criminalista. Presidente da OAB/MG de 1998 a 2003. Professor aposentado de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Conselheiro do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Membro do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do ICP/MG – Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais.

1.1 Prisão em flagrante – artigo 302, do CPP;

> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
>
> I – está cometendo a infração penal;
>
> II – acaba de cometê-la;
>
> III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
>
> IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

1.2 Prisão temporária – Lei nº 7.960, de 1989

Instituída, originalmente, pela Medida Provisória nº 111, que motivou arguição de inconstitucionalidade pela OAB, a qual o Congresso Nacional converteu na Lei nº 7.960. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, estabeleceu que o Presidente da República não pode legislar, por medida provisória, em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal (artigo 62, §1º, I, "b", CF).

1.3 Prisão preventiva – artigos 311 a 313, do CPP

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> Art. 312. *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.* (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do

> Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – *Código Penal*; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

1.4 Prisão por pronúncia – art. 413, § 3º, do CPP

> Art. 413.
>
> *§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no* Título IX do Livro I deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

1.5 Prisão por sentença condenatória recorrível – art. 387, § 1º, do CPP

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> *§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.* (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

Fora dessas cinco hipóteses de prisão provisória, resta a *prisão definitiva*, a ser objeto de execução penal da sentença penal condenatória definitiva (contra a qual não cabe mais nenhum recurso) a pena de prisão (privativa de liberdade).

> CPP – artigo 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).
>
> LEP – artigo 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.
>
> Artigo 106: A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução. (...)

Tínhamos então no país, o *preso provisório* (nas cinco hipóteses antes citadas) e o *preso definitivo*. Agora, temos, também, o preso provisório por

condenação confirmada em segunda instância, sujeito a chamada *execução provisória da sentença penal condenatória***.** Talvez seja um "preso provisório/ definitivo".

2. A FALSA PREMISSA: O BRASIL É O PAÍS DA IMPUNIDADE

Os meios de comunicação social e muitos formadores de opinião no Brasil repetem no estilo GESTAPO de Joseph Goebbels, esta falsa premissa: o Brasil é o país da impunidade. Nada mais mentiroso.

Segundo divulgado pelo Depen, órgão do Ministério da Justiça, em *23de outubro de 2018*, conforme os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil possui a terceira maior população prisional do mundo, com mais de 726 mil pessoas presas.

Em 1990, o país tinha 90 mil presos. Em 2018, tem mais de 700 mil presos que ocupam um sistema prisional que tem cerca de 380 mil vagas, isto é, há evidente superpopulação carcerária com um déficit de mais de 300 mil vagas.

Minas Gerais tem cerca de 70 mil presos, superada apenas por São Paulo.

E, o que é mais grave nesse levantamento prisional. Temos em torno de 40% de presos provisórios no país, isto é, de pessoas presas fundamentalmente em razão de decretos de prisão preventiva, que estão sem julgamento final!

É uma mentira, portanto, afirmar que o Brasil é o país da impunidade. Definitivamente, os números demonstram que não é.

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República de 1988, fruto de um processo de redemocratização pós ditatura militar, consagrou em seu artigo 5º um conjunto de direitos individuais e coletivos, contidos em cláusulas pétreas, isto é, não sujeitas a modificações, salvo nova assembleia nacional constituinte.

Entre estes direitos fundamentais está a presunção de inocência:

> Artigo 5º – Inciso LVII – 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

A origem histórica do princípio está no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, posterior à Revolução Francesa:

> **Art. 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.

É considerado direito natural, inalienável e sagrado do homem, ser presumido inocente e, via de consequência, não está obrigado a fornecer provas de sua inocência e, muito menos, é obrigado a se auto incriminar, isto é, produzir provas contra si próprio.

Francesco Carrara, em seu clássico livro de 1903, dizia:

> a inocência do acusado é pressuposto da ciência penal, na parte em que contempla o procedimento, e a ela são referidas praticamente todas as garantias do que hoje chamaríamos 'justo processo': juiz natural, amplitude de defesa, observância das condições de legalidade nas confissões, imparcialidade na apreciação da prova e, sobretudo, temperamento na custódia preventiva.[2]

Na Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, a presunção de inocência aparece no artigo XI, 1:

> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.

Igualmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pela OEA em 1969 e incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 678 de 1992, está consagrada a presunção de inocência:

> Artigo 8º – Garantias judiciais
>
> 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

De ponto de vista processual penal, a presunção de inocência significa, sobretudo, em matéria de ônus da prova, que à acusação cabe demonstrar a culpabilidade do réu, o qual, em virtude da presunção, não precisa comprovar plenamente sua inocência, pois a dúvida o favorece, conforme o brocado *"in dubio pro reo"*.

As constituições brasileiras anteriores não tinham feito referência expressa ao princípio da presunção de inocência, como fez a Constituição de

---

[2] CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. *In: Opuscoli di diritto criminale*. 4. ed. Firenze, Fratelli Cammelli, 1903, v. 5, p. 20-7.

1988. Entretanto, o Brasil já era signatário das convenções internacionais que a consagravam.

Como escreveu o querido Professor Gustavo Badaro:

> O constituinte de 1988 seguiu os modelos italiano e português e, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana, reforçou entre nós a garantia da presunção de inocência: estabeleceu como marco temporal final de sua aplicação o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito de que se presuma a sua inocência 'até o trânsito em julgado' da sentença penal condenatória. Com a definição clara do momento de cessação do estado de inocência.

Citando José Carlos Barbosa Moreira repete o Professor:

> Por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.[3]

4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO PROVISÓRIA

Tão logo foi promulgada a atual Constituição, surgiram interpretações sobre a presunção de inocência, defendendo o conflito entre a mesma e as diferentes modalidades de prisão provisória ou processual.

O velho Código de Processo Penal de 1941 estabelecia em seu artigo 594 a obrigação do acusado ser preso para apelar contra a sentença condenatória de primeira instância:

> Art. 594 – O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livra solto.

O direito de apelar em liberdade foi, nos primeiros anos de vigência da Constituição, objeto de intensos debates. O Superior Tribunal de Justiça, que acabava de ser instalado, logo editou a sua Súmula nº 9 que diz: "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência." Afirmou, assim, a compatibilidade entre o art. 594 do CPP e a CF.

---

[3] Artigo na *Revista Eletrônica CONJUR*, 3 de abril de 2018.

Todavia, muitos sustentaram o absurdo da exigência da prisão do apelante, especialmente, se se tratava de acusado primário e de bons antecedentes, que havia respondido ao processo em liberdade até a sentença condenatória de primeira instância.

Ao argumento da incompatibilidade com a Constituição, o artigo 594 do CPP, acabou sendo, expressamente, revogado pela Lei nº 11.719, de 2008, apesar da maioria dos tribunais brasileiros não mais o aplicar, pois já estava consolidado na jurisprudência brasileira o direito de o acusado *apelar em liberdade*, se primário e de bons antecedentes, contra o qual não havia sido decretada prisão preventiva, por ausência dos pressupostos de sua necessidade, por força da redação dada ao dispositivo pela Lei nº 5.941/73.

5. PRISÃO COM A DECISÃO CONDENATÓRIA DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Não havendo cabimento para decretação de prisão preventiva por falta dos pressupostos de sua necessidade (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da futura aplicação da lei penal), a possibilidade da prisão do acusado, diante da confirmação de sua condenação por decisão de segunda instância, sempre foi objeto de divergência e debates no Brasil, especialmente, depois da Constituição de 1988 e sua disciplina sobre a presunção de inocência.

Sabidamente, contra o acórdão de tribunal de segunda instância (tribunal de justiça ou tribunal regional federal), são cabíveis, em tese, o recurso especial para o STJ ou o recurso extraordinário para o STF.

Tais recursos não têm efeito suspensivo, daí a ideia da execução provisória da sentença penal condenatória, malgrado a possibilidade, também em tese, de reforma da decisão condenatória de segunda instância, embora os recursos especial e extraordinário somente tratarem de matéria de direito.

No STJ a questão foi resolvida pela possibilidade da execução provisória da pena, com a edição da *Súmula 267*: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão."

No STF, no julgamento pelo Pleno, em 26 de fevereiro de 2009, do HC 84.078/MG, relatado pelo Ministro Eros Grau, firmou-se, por maioria, o entendimento de que não pode haver execução provisória de sentença penal condenatória, sendo necessário aguardar-se o trânsito em julgado da mesma.

A maioria, naquela data, foi formada pelos Ministros, Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Na época, ficaram vencidos, os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. A ementa do acórdão foi a seguinte:

> 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 delinquente.'
>
> 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. (...)
>
> 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. 1°, 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 (DJe de 26/2/2010).

Essa orientação jurisprudencial prevaleceu, pacificamente, até *17 de fevereiro de 2016*, quando o Pleno do STF, julgou o *HC 126.292/SP*, relatado pelo Ministro Teori Zavaski, que significou a virada na jurisprudência do Supremo, cuja ementa é a seguinte:

> 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.

Neste novo julgamento, formaram maioria os Ministros Teori Zavaski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Votaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Como este julgamento causou enorme surpresa na comunidade jurídica, pois o tema não fora objeto de pauta especial, nem de ampla divulgação, logo foram propostas duas ADCs de nº 43 (autor Partido Ecológico Nacional, advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, o Kakay) e nº 44 (autor Conselho Federal da OAB, advogado Lênio Luiz Streck), questionando aquela decisão no HC 126.292, em face do artigo 283 do CPP. Estas ações diretas de constitucionalidade tiveram medidas cautelares julgadas e negadas, no Pleno do STF, em 5 de outubro de 2016. No mesmo sentido, foi o julgamento do Tema 925, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral: ARE-RG 964.246/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe 10/11/2016 (julgado em plenário virtual);

> CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO

> PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.
>
> 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Cristalizou-se, naquele momento, a divisão no Supremo Tribunal:

Favoráveis a possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância: *seis Ministros* Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavaski, Luz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Contrários a tal possibilidade, *cinco Ministros*: Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso De Mello e Dias Toffoli. O Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF.

O quadro já mudou. O Ministro Alexandre de Moraes, que substituiu Teori Zavaski, vota como este, isto é, é favorável a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Seu entendimento ficou expresso, em julgamento na Primeira Turma, em sessão de 06 de fevereiro de 2018, quando votou favoravelmente à prisão do deputado federal João Rodrigues (PSD-SC).

O Ministro Gilmar Mendes vinha indicando mudança de posição, pois após aqueles julgamentos, proferiu decisões monocráticas concedendo liminar em *habeas corpus* contra a prisão após decisão de segunda instância, como ocorreu no HC 146.815/MG, medida cautelar concedida em 22 de agosto de 2017.

6. A QUESTÃO DO COMANDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, SEM RECURSO DA ACUSAÇÃO

Há uma questão interessante quando se verifica que, na sentença condenatória, em seu dispositivo, há um comando no sentido de que "transitada esta em julgado, expeça-se mandado de prisão". Esta frase era muito comum nas sentenças condenatórias criminais em primeira instância.

Então, se não houve recurso do Ministério Público, contra a sentença com este comando, parte da jurisprudência se orientou no sentido de que o Tribunal de segunda instância, quando do julgamento da apelação exclusiva da defesa não pode agravar a situação do réu, determinando a imediata expedição do mandado de prisão, pois não tendo havido recurso da acusação não pode haver a *reformatio in pejus*, isto é, a reforma para piorar a situação do acusado recorrente, devendo-se aguardar o trânsito em julgado tal como contido no comando da sentença, que, nesta parte, fez coisa julgada para a acusação.

7. O CASO DO EX-PRESIDENTE LULA

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, por sua Oitava Turma, no julgamento da apelação interposta pela defesa do ex-presidente LULA contra sua condenação no caso do triplex do Guarujá, estabeleceu que após a conclusão do julgamento do caso perante o TRF-4 (faltava apenas o julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão da apelação), seria iniciada, imediatamente, a execução provisória da pena de 12 anos e 01 mês imposta. Julgados os embargos foi expedido o mandado de prisão.

Contra esta decisão do TRF-4, a defesa do ex-presidente interpôs no STJ o *HC 434.766/PR,* em caráter preventivo, que foi negado, à unanimidade, pela Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, em 6 de março de 2018.

A defesa, ainda, interpôs o *HC 152.752/PR* no STF, que foi distribuído ao Ministro Edson Fachin, que negou a liminar e enviou o caso a apreciação do plenário do STF, em decisão monocrática de 9 de fevereiro de 2018.

Este e vários outros casos, como o julgamento de mérito das ADCs 43 e 44, estavam pendentes de inclusão em pauta, no pleno do STF, assunto da competência exclusiva da então Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia. Ela preferiu colocar em pauta o caso concreto de interesse do ex-presidente Lula. Lamentavelmente, *"fulanizou"* o tema jurídico.

Na sessão de 05 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal, por maioria (Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber e Carmen Lúcia) e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli (favoráveis a aguardar o julgamento no STJ), e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello (favoráveis a aguardar-se o trânsito definitivo em julgado).

Este resultado se deu em virtude do voto da Ministra Rosa Weber que se declarou, pessoalmente, favorável ao entendimento da maioria, mas decidiu seguir a minoria e formar nova maioria em homenagem ao *"princípio da colegialidade"*.

CONCLUSÃO

Sou contrário a execução provisória da pena e a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação por acórdão de tribunal de segunda instância, sem que existam razões de natureza cautelar (art. 312, CPP) a justificar a necessidade da prisão, antes do trânsito em julgado da condenação.

Se o acusado pode responder ao processo em liberdade, até o julgamento da apelação, por não existirem, no caso concreto, razões para sua prisão cautelar (preventiva), em homenagem a amplitude dada pela Constituição da República à presunção de inocência e ao direito de defesa, deve-se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a expedição do mandado de prisão.

O Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, da Faculdade de Direito da USP, em tese de doutorado apresentada em *1990 ("Presunção de inocência e prisão cautelar"*) concluiu assim:

No que diz respeito à disciplina da prisão cautelar, matéria que constituiu objeto principal de nosso estudo, as implicações desses dois novos preceitos constitucionais são evidentes; com efeito, ao proclamar que o acusado é considerado inocente antes da condenação definitiva e assegurar que a privação do direito de liberdade somente se fará mediante o 'devido processo', o constituinte estabeleceu parâmetros bastante nítidos para uma necessária revisão dos conceitos que resultavam da orientação autoritária do Código de 1941 e do casuísmo que inspirou a legislação posterior.

Essencialmente, em face dessas garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada.[4]

---

[4] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 86.

Embora se diga serem poucos, estatisticamente, os casos de provimento de recurso especial e/ou de recurso extraordinário, basta haver um caso concreto neste sentido, para justificar o respeito ao princípio, isto é, um caso em que o réu for preso em razão da decisão de segunda instância e, posteriormente, vier a ser beneficiado pelo provimento de recurso especial no STJ ou de recurso extraordinário no STF, que exclua a prisão. Nada vai reparar o tempo de prisão indevida passado no cárcere.

Faça, aqui, para encerrar uma leitura da abertura do voto do Ministro Celso de Mello, decano do STF, por ocasião do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44. Perguntou o Ministro:

> Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HSC 126.292/SP?
>
> 'Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?
>
> Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal?
>
> Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?' (Voto em plenário, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, 05/10/2016)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. *In: Opuscoli di diritto criminale.* 4. ed. Firenze, Fratelli Cammelli, 1903, v. 5, p. 20-7.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Artigo na Revista Eletrônica CONJUR*, 03/04/2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar.* S***ão*** Paulo: Saraiva, 1991, p. 86.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA E MATERIAL

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho[1]
Maurício Antonio Tamer[2]

INTRODUÇÃO

Muito nos honra em integrar coletânea que faz justiça humana e acadêmica ao Professor Eros Grau que envergou e ainda enverga a mais pura, verdadeira e honesta dogmática. Ao mesmo tempo, com felicidade de reunião de propósitos, elege tema que transcende simples verificações formais de incidência e, por vezes, tem sua magnitude e importância jurídica e social ceifadas ou indevidamente relativizadas.

---

[1] Pós-Doutor em Direito pela Faculdad de Derecho da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Politico e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado Criminalista.

[2] Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação, como dos cursos de Especialização Presencial e EAD de Direito Processual Civil e de Compliance Digital na Universidade Presbiteriana Mackenzie, bem como em cursos na USP, INSPER, FIA, EBRADI e EPD, entre outras. Supervisor Acadêmico da Pós-Graduação EAD de Advocacia em Direito Digital e Proteção de Dados da EBRADI. Membro do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" - UPM. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado e coordenador de área criminal e civil no escritório Opice Blum, Bruno, Abrusio e Vainzof Advogados Associados.

O problema identificado no presente ensaio está circunscrito em levantar uma discussão sobre a presunção de inocência em relação à criminalidade econômica, justamente em relação à necessidade da melhor compreensão dogmática dessa última.

Para tanto, o texto se desenvolverá pela compreensão do conteúdo da presunção de inocência a partir de sua caracterização como princípio e de sua compreensão não só processual, mas também material.

Com isso espera-se que ao final se entenda pela relevância da discussão acadêmica posta.

1. A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A distinção entre regras e princípios, bem como o debate acerca da força normativa dos princípios jurídicos há muito são preocupações da ciência jurídica[3]. Para evitarmos confusão terminológica, destacamos inicialmente que há

[3] Exemplo disso é o levantamento desenvolvido por Ricardo Guastini que identifica em sua obra *Dalle Fonti alle Norme*, pelo menos, seis utilizações diferentes para o termo *princípio*, conforme bem narra Paulo Bonavides: "Deveras útil é a investigação doutrinária feita por Ricardo Guastini, que recolheu da jurisprudência e de juristas diversos seis distintos conceitos de 'princípios', todos vinculados a disposições normativas e assim enunciados: Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio', diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, prossegue Guastini, os juristas usam o vocábulo 'princípio' para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra 'princípio' para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter 'programático'. Em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo 'princípio' é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja disposição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar – novamente Guastini – 'os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 266-267).

normas jurídicas[4] formuladas como regras e como princípios. Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

> As primeiras [as regras] possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou tipificação) de um fato, ao que acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto,* antinômicos entre si.[5]

Ainda, Willis Santiago Guerra Filho informa-nos critérios mais precisos para diferenciar as regras dos princípios ao afirmar que:

> Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua *estrutura lógica* e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos, (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo ('proibido', 'obrigatório', 'permitido'), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras

[4] Entendemos, com Willis Santiago Guerra Filho, que "(...) norma jurídica é um imperativo, um comando, que a diferença de uma ordem, um imperativo concreto, é um imperativo abstrato." (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição**.** São Paulo: RCS, 2007, p. 113). Ainda, segundo Willis Santiago Guerra Filho tem-se que Na norma jurídica, então, não se divisa nem um imperativo, uma ordem, resultante de uma manifestação volitiva, algo da ordem ôntica, do 'ser' (*Sein*), nem um juízo, resultante de uma manifestação cognitiva, de natureza gnoseológica, mas sim algo, por assim dizer, 'intermediário' entre ambos: uma 'expressão dôntica', uma prescrição de determinado tipo, que adquire seu caráter especificamente jurídico quando inserida no contexto de um ordenamento jurídico. Essas expressões deixam-se reduzir a proposições lógicas, com determinada estrutura, onde se tem (1) a *descrição* de um hipotético estado-de-coisas (*Sachverhalte*) e (2) sua modalização em termos deônticos através de um 'funtor', cujos tipos básicos são: 'obrigatório', 'proibido', 'facultado'." (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. São Paulo: RCS, 2007, p. 126)

[5] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição.** São Paulo: RCS, 2007, p. 9.

> outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado 'sopesamento' (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derrogada.[6]

Pode-se, concluir, assim, que a presunção de inocência, em verdade, é um princípio fundamental, pois: *i)* é dotada de validade positiva, já que está estabelecida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII; *ii)* não se reporta a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo sua consequência prevista normativamente. A presunção de inocência transmite, destarte, uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível; *iii)* é entendida como indicador de uma opção pelo favorecimento de determinado valor (a liberdade), a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis não se reportando a casos particulares.

O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"[7] atribui validade positiva à presunção de inocência, atribuindo-lhe *status* de princípio e, ao optar, nitidamente, pela valorização da liberdade, determina que a condenação apenas dar-se-á a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória[8].

Significa dizer, portanto, que ao se falar em princípio da presunção de inocência, se fala na existência de norma jurídica constitucional que preconiza e determina a existência de uma opção pelo favorecimento do valor liberdade de tal forma que qualquer pessoa será considerada inocente até que sentença

---

[6] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição.** São Paulo: RCS, 2007, p. 104-105.

[7] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21.07.2019

[8] Importante ponderar que é de todo imprecisa qualquer confusão entre trânsito em julgado e coisa julgada, ao passo que o primeiro é o momento em que a segunda se perfectibiliza. Ambos mecanismos necessários de estabilização das decisões judiciais, porém de distinção translúcida.

penal condenatória transite em julgado[9]-[10]-[11]. Fases anteriores em relação a

[9] "Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada." (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p. 39).

[10] "Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país" (STF, Habeas Corpus nº 84.078, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe 26.02.2010, p. 8-9).

[11] Como sinaliza Aury Lopes Jr., pautado nos ensinamentos de Jaime Vegas Torres, o princípio da presunção da inocência tem três manifestações integradoras: "É um princípio fundantes em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; é um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se

qualquer pessoa *i)* de mera cogitação de sua suspeitabilidade sobre fato delituoso; *ii)* de investigação pré-acusatória (inquérito policial, comissão parlamentar de inquérito, etc.; *iii)* de instrução processual em ação penal, ou *iv)* de existência de sentença penal condenatória ainda passível de recurso ordinário ou extraordinário são todas incapazes dogmaticamente – ou deveriam ser – de alterar esse estado constitucional preconizado de presunção de inocência[12]. A maioria das discussões atreladas a tal princípio parecem estar circunscritas no reconhecimento dessa incapacidade ou na falta dele.

Essa determinação por um estado ideal das coisas tem consequências, sobretudo procedimentais, que se resumem em impor "um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)"

ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual); finalmente a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga a acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada." (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 16. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 98).

[12] Nesse sentido: "Agora tentarei fazer uma síntese dos desdobramentos do alcance do princípio, sobretudo perante a nossa Constituição de 1988, que o adotou de modo expresso no artigo 5º, LVII. Nenhuma Constituição anterior o consagrou literalmente. E é muito interessante rever a história da redação desse inciso, porque o artigo 43, § 1º, do Anteprojeto dizia o seguinte: "Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa". O deputado constituinte, que depois foi governador do estado do Espírito Santo, José Inácio Ferreira, apresentou emenda que resultou na redação atual do inciso LVII, onde se estatui, com outras palavras, que ninguém — ninguém — será considerado culpado, até que lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva. Há aí alguma diferença? Toda! Porque nossa Constituição é o único ordenamento jurídico que revela essa amplitude da garantia, pois, introduzindo o vocábulo "ninguém", não a restringiu ao réu do processo penal. A regra, portanto, apanha, já no campo do processo, vamos dizer assim, quem se encontre em posição análoga em todas as fases anteriores da persecução criminal: apanha o mero suspeito, o investigado e o indiciado. Nenhum deles pode ser considerado culpado, senão inocente, para efeito de tratamento normativo, até que sobrevenha sentença condenatória definitiva. Mas vai além, porque extravasa o processo e se aplica a todas as situações redutíveis ao modelo do processo penal, como, por exemplo, os procedimentos disciplinares, administrativos ou não, onde ninguém pode ser tratado como se fosse culpado, antes de juízo definitivo de culpabilidade." (PELUSO, Cezar. *Constituição brasileira revela amplitude da presunção de inocência*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia. Acesso em: 21.07.2019).

[13]. Como pondera Aury Lopes Jr., esse dever de tratamento se manifesta nas dimensões internas e externas em relação ao processo:

> Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – 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 inoxeravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz. 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) devem ser utilizadas 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.[14]

Consequência das mais relevantes do princípio constitucional da presunção de inocência e que também serve como exemplo na sua compreensão na categoria normativa de princípio é justamente entender a quem cabe o ônus de provar o que na persecução penal. Em decorrência do postulado, cumpre aos órgãos de investigação e de acusação demonstrar a materialidade do fato criminoso e a autoria indubitável do imputado em relação aquele. Ao imputado, porém, apenas cumpre o ônus de provar alegadas causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Destacadamente, até esse ponto, observou-se que o princípio da presunção de inocência tem manifesta aplicação processual, mas não se pode ignorar também sua dimensão material. Os reflexos procedimentais assumem caráter verdadeiramente instrumental da própria dimensão material da determinação constitucional pela busca constante e reiterada pela manutenção do estado de inocência. Ao fim e ao cabo, essa determinação implica verdadeira limitação do direito de punir do Estado, revestindo o Direito Penal de limite sobremaneira relevante à legitimação da violência estatal.

---

[13] LOPES JR., Aury. op. cit., p. 98

[14] Idem, p. 98-99.

2. A DIMENSÃO MATERIAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É importante registrar que não só o próprio Direito Penal é, em si, considerado o limite do direito de punir do Estado, como o princípio da presunção de inocência, embora se manifeste com destaque nos procedimentos de forma instrumental, não deixa de ter também essa dimensão material, impedindo que se presuma como não criminalmente inocente quem ainda não foi sentenciado de forma definitiva. O inverso do conteúdo do princípio, o *estado de não inocência*, tem como principal consequência o direito de punir do Estado em razão do fato criminoso respectivo. Logo, *o estado de inocência é justamente o limite de punir*.

A presunção de inocência tem, por assim dizer, a função de lembrar a verdadeira natureza limitativa do Direito Penal. Nos procedimentos (judiciais ou não), em verdade, pode ser considerada como a limitação da ânsia punitiva do Estado em movimento ou a manifestação instrumental da função jurídica da legislação criminal de sinalizar com clareza, em *ultima ratio* e de interpretação restritiva, as situações em que está legitimada violência do Estado.

A partir do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal passou a permitir a execução provisória de pena privativa de liberdade com o trânsito em julgado da decisão condenatória em segunda instância, e não mais com o trânsito em julgado definitivo da decisão penal condenatória.

A dimensão material do princípio da presunção de inocência faz com que advenha a necessidade de se discutir a regra aplicável ao direito intertemporal e, assim, ante a evidente prejudicialidade do novo posicionamento Pretório Excelso, deve ser analisar o instituto da irretroatividade da lei penal mais prejudicial.

Isso porque existem dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: ***i)*** o da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o acusado, previsto nos artigos 2°, parágrafo único, do Código Penal, e 5°, inciso XL, da Constituição Federal; e ***ii)*** o da aplicação imediata da lei processual penal, previsto no artigo 2°, do Código de Processo Penal, vigorando a regra *tempus regit actum*.

Sobre o princípio da irretroatividade da lei penal, afirma Nelson Hungria que:

> No caso de sucessão de leis penais, pode acontecer que a *lei posterior*:
>
> a) seja *menos favorável* que a *anterior*, quer incriminando *ex novo* um fato (*novatio criminis*), quer agravando, de qualquer modo, a punibilidade, ou
>
> b) seja, ao contrário, *mais favorável* que a *anterior*, ou porque elimine uma incriminação (*abolitio criminis*), ou porque, de qualquer modo, beneficie o réu.
>
> No primeiro caso, a lei posterior é irretroativa; no segundo, ao revés, *habet oculos retro*. (...)
>
> A irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullun crimen, nulla poena sine lege*. As mesmas razões que fundamentam o veto à criação de crimes ou aplicações de penas à margem da lei (pelo *arbitrium judicis* ou pela analogia) militam para a interdição da lei penal *ex post facto*, quer no caso de *novatio criminis*, quer no de acréscimo de punibilidade ou desfavor ao réu.[15]

Por sua vez, ao discorrer sobre a aplicação imediata da lei processual penal, Fauzi Hassan Choukr informa que:

> A lei processual penal a que se refere o presente artigo é a produção normativa constitucionalmente estabelecida que tem como objeto a regulação da aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como da investigação criminal em qualquer de suas modalidades, e a estruturação do funcionamento da jurisdição penal, aí entendidos os órgãos jurisdicionais e seus auxiliares, das partes e intervenientes no processo penal.[16]

Assim, divergem em muito lei material penal e lei processual penal no tocante aos efeitos de sua aplicação: imediata, tratando-se de lei processual; retroativa, tratando-se de norma penal benéfica ao acusado; ou irretroativa, tratando-se de norma penal prejudicial ao réu.

Posto isso, faz-se necessário diferenciar lei material penal e lei processual penal, a fim de se demonstrar que ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, com relação ao princípio da não culpabilidade, estabelecido no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 deve ser aplicado o princípio da irretroatividade da lei penal, visto se tratar de alteração de

---

[15] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, tomo 1.º**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 103.

[16] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal:** Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

entendimento em matéria penal equivalente à mudança legislativa prejudicial ao Paciente. Segundo Eugênio Pacelli:

> As normas processuais não regulam *matéria de fato*, mas regras de *procedimento*, daí por que não têm como pressuposto de aplicação o conhecimento de suas disposições, ressalvadas, é claro, as garantias constitucionais do devido processo legal. E a ressalva das citadas garantias não se faz pela natureza normativa (constitucional) de seus propósitos, mas em razão dos respectivos conteúdos. Assim, a ampla defesa e o contraditório, por exemplo, são exigências do próprio *conhecimento* do objeto do processo, impondo-se como pressuposto de legitimação de qualquer provimento judicial. Sem eles, ou melhor, sem a sua observância, o conhecimento judicial estará irremediavelmente comprometido. Tal não se dá, porém, com as regras exclusivamente *procedimentais*.[17]

Nesse sentido, verifica-se que são normas de direito penal material aquelas que regulam matéria de fato e afetas às garantias constitucionais do devido processo legal, como a garantia da presunção de inocência, enquanto são normas de direito processual penal ou formal aquelas que regram o procedimento pelo qual se guiará a ação penal. Dessa mesma forma, dispõe Grandinetti Castanho De Carvalho que:

> Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.[18]

E complementa Eduardo Couture "que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio"[19].

Nesse sentido, é evidente que a garantia constitucional da não culpabilidade e, consequentemente, o princípio da presunção de inocência, é norma de direito penal material. Em decorrência, devem ser-lhes aplicadas as regras referentes ao direito intertemporal previstas nos artigos 2°, parágrafo único, do

---

[17] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.

[18] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal em Face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

[19] COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36.

Código Penal; e 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que preveem o princípio da irretroatividade da lei penal.

O novo posicionamento adotado pela Suprema Corte atribuiu nova interpretação à garantia constitucional, qual seja, da não culpabilidade, de forma a mitigar seu alcance. Referida alteração de entendimento equivale à atividade legislativa, pois muda a forma de aplicação da norma existente e os efeitos dela decorrentes.

Sobre o princípio da irretroatividade de lei penal, no tocante à aplicação imediata de acórdão prolatado por Corte Suprema, ensina o doutrinador português Taipa de Carvalho, *vide*:

> 1. O "acórdão" de jurisprudência obrigatória é, realmente, no sistema português, uma fonte do direito. A *solução-norma* em que ele se analisa é uma verdadeira norma jurídica geral e abstracta. Confluem, no "acórdão", a função jurisprudencial – o "acórdão" enquanto *solução* do caso concreto – e a função legislativa – o "acórdão" enquanto *norma,* isto é, enquanto decisão, determinação ou injunção de uma questão-de-direito que, formulada em termos gerais e abstractos, vincula, obrigatoriamente, os tribunais. O "acórdão" é, portanto, acto constitutivo de direito.
>
> Tendo em conta a análise feita de lei interpretativa, é necessário concluir pela quase identidade material entre lei interpretativa e "acórdão", distinguindo-se apenas na fonte de cada um: Legislador, Supremo Tribunal de Justiça.
>
> Porque a prolação de um "acórdão" constitui, simultaneamente, o exercício de funções judiciais e de funções legislativas, parece-me claro que é legítimo colocar o problema da inconstitucionalidade da figura do "acórdão". É que está em causa o princípio da *separação dos poderes.* Mas não é só. Não pode esquecer-se que este princípio da separação das funções não se criou e afirmou apenas como princípio da organização política do Estado, isto é não se destina somente a garantir a harmonia e eficácia do Estado, através dos seus órgãos. Este princípio teve, e continua a ter, na *garantia dos direitos fundamentais* do cidadão uma sua componente dinamizadora. Quer dizer: o princípio da separação dos poderes tem entre as suas "causas eficientes" e as suas "causas finais" a garantia da tutela dos direitos individuais. Em relação a estes, pode dizer-se que ele assume caráter instrumental.
>
> Mas não é este juízo global da figura do "acórdão" o que nos importa, aqui e agora.
>
> 2. Interessa-nos considerar o regime de aplicação temporal do "acórdão". Sendo este, como vimos, verdadeiramente constitutivo de direito, vinculando a regra jurídica, que ele formula, os tribunais, há que dizer que não

> é a invocação de que o "acórdão", em direito penal, só pode ser meramente interpretativo que permitirá a sua aplicação imediata (retroactiva).
>
> Já o dissemos e voltamos a repetir que o regime da eficácia temporal do "acórdão" não pode ser diferente do regime da *lei interpretativa: idêntica a natureza jurídico-material de ambas as figuras e semelhantes as razões da determinação da sua competência temporal, o mesmo deverá ser o regime.*
>
> Deste modo, e em conclusão, o "acórdão" – a norma jurídica que o constitui – só pode aplicar-se aos factos praticados antes da sua publicação no Diário da República, quando for mais favorável que a solução jurídica defendida pela jurisprudência referenciada nos acórdãos de cujo conflito resultou a prolação do assento.[20]

É indispensável, ao menos, que os efeitos dos precedentes em apreço, *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, confirmado pelo julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 do Supremo Tribunal Federal, sejam modulados, uma vez que não é possível que este seja aplicado a fatos e julgamento ocorridos em data pretérita.

O princípio da anterioridade da lei penal existe justamente para se evitar que o Estado, arbitrariamente, aplique sanções de forma direcionada, posteriormente ao cometimento de determinado delito. Ora, se tal vedação aplica-se no âmbito das leis penais, certamente se aplica também às sanções processuais, ainda que autorizadas por meio de precedentes da Suprema Corte.

Ora, é necessário estabelecer o mínimo de segurança jurídica aos jurisdicionados, de forma que ninguém seja surpreendido com uma mudança de posicionamento que, do dia para a noite, autorize a prisão antes do trânsito em julgado, ausentes os requisitos das prisões cautelares. Sobre a necessidade de se buscar estabelecer segurança jurídica através da irretroatividade da lei penal, tem-se, segundo Cezar Roberto Bitencourt, que:

> Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança jurídica e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal.[21]

---

[20] CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais,** 2ª ed. revista. Coimbra Editora: 1997, p. 335/337.

[21] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

A modulação dos efeitos de um precedente tem exatamente a função de se evitar a insegurança jurídica, estabelecendo que determinada decisão somente surtirá efeitos sobre fatos futuros, e não pretéritos. O próprio artigo 27, da Lei n.º 9.868/99, dispõe que o Supremo Tribunal Federal, por 2/3 dos seus membros, poderá modular os efeitos da decisão que julgar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos[22].

Sobre a modulação dos efeitos, afirmam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *verbis*:

> A Lei n. 9.868/99 tratou, em seu art. 27, de permitir, pelo quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, fundando a decisão em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, possa a Corte decidir com efeito *ex nunc* ou ainda a partir do momento em que achar necessária a produção dos efeitos. A regra, portanto, é *ex tunc*. Mas pode-se declarar com efeito *ex nunc* ou então a partir de determinado período, sempre pelo quórum de 2/3. Imaginemos uma hipótese de lei de criação de cargos públicos julgada inconstitucional depois de providos e depois de seus ocupantes entrarem em exercício. Foram praticados atos que seriam, pelo efeito *ex tunc*, julgados inexistentes e, portanto, nulos. Com a decisão de efeito apenas *ex nunc*, os atos praticados ficam validados e as verbas recebidas são mantidas – pois houve trabalho-, produzindo efeitos apenas a partir da decisão, com o reconhecimento da inexistência dos cargos públicos. Em resumo: os atos praticados e as verbas pagas foram válidos, mas os funcionários perderão seus cargos a partir do trânsito em julgado do acórdão.
>
> O dispositivo reconhece, assim, o poder do Supremo Tribunal Federal de modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Assim, partindo do pressuposto de que o vício de inconstitucionalidade é um vício de nulidade, afirma-se que, no silêncio, a eficácia é retroativa até a origem (*ex tunc*). Contudo, caso queira dispor de maneira diferente, o Supremo pode fazê-lo, desde que a decisão conte com o beneplácito de 2/3 de seus membros.
>
> Destarte, com base em dito poder de modulação, pode o Supremo Tribunal Federal:
>
> a) atribuir eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*);
>
> b) atribuir eficácia retroativa, porém, limitando-a no tempo;

[22] "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

> c) restringir os efeitos da decisão (apontando, p. ex., que a declaração não atingirá o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito).[23]

Por tal motivo, e a fim de evitar situações de injustiça, mostra-se indispensável, ao menos, que os efeitos do precedente firmado pelo julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP sejam modulados, antes da aplicação, de forma desmedida, do novo entendimento, uma vez que não é possível que este seja aplicado a fatos e julgamento ocorridos em data pretérita ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio objetivou propor, apenas, uma discussão da observância da presunção de inocência, a partir de sua dimensão principiológica e de direito material.

Observou-se, a partir de critérios de categorização das normas como princípios, critérios esses entendidos por satisfatórios em relação ao escopo do texto, que a presunção de inocência é verdadeiro princípio cujo conteúdo preconiza a busca por um estado ideal das coisas, qual seja um estado ideal em que toda pessoa é tida por inocente até um momento específico e qualificado, qual seja, o do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todo e qualquer momento anterior a esse é dogmaticamente incapaz de reverter tal estado. Além disso, se se fala em busca por um estado ideal e isso é determinado constitucionalmente, todo e qualquer exercício dogmático deve, aparentemente, estar calcado na interpretação e desenvolvimento de premissas que potencializem essa busca e não o contrário.

Ainda, tem-se que o princípio da presunção de inocência é norma de direito penal material, pois afeta diretamente os limites do *ius puniendi*, e não apenas diz respeitos a questões procedimentais. Em decorrência desse fato, deve ser aplicado ao princípio da presunção de inocências as regras referentes ao direito intertemporal previstas nos artigos 2°, parágrafo único, do Código Penal; e 5°, inciso XL, da Constituição Federal, que preveem o princípio da irretroatividade da lei penal.

O novo posicionamento adotado pela Suprema Corte a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, confirmado pelo julgamento nas

---

[23] ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49/50.

Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, atribuiu nova interpretação à garantia constitucional, qual seja, da não culpabilidade, de forma a mitigar seu alcance. Referida alteração de entendimento equivale à atividade legislativa, pois muda a forma de aplicação da norma existente e os efeitos dela decorrentes. É, pois, um acórdão legislativo que equivale à efetiva *novatio legis in pejus* e que apenas pode ser aplicado a fatos e julgamentos posteriores a sua prolação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei n. 9.868/99**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC nº 84.078. Relator Ministro Eros Grau. DJ: 26.02.2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp. Acesso em 02/09/2019.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais,** 2ª ed. revista. Coimbra Editora: 1997

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal em Face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal:** Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2014

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição.** São Paulo: RCS, 2007

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo 1.º**. Rio de Janeiro: Forense, 1955

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 16. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017.

PELUSO, Cezar. **Constituição brasileira revela amplitude da presunção de inocência**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia. Acesso em: 21.07.2019.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *STANDARD* PROBATÓRIO

Paola Alcântara Lima Dumont[1]

1. INTRODUÇÃO

A presunção de inocência é considerada princípio informador e orientador de todo processo penal constitucional e democraticamente orientado. Sendo assim, em países que adotam o regime mencionado o mesmo é incorporado em seus sistemas judiciais por múltiplas facetas.

Em nosso sistema jurídico não é diferente, está expressamente previsto no texto constitucional, bem como também foi incorporado por meio de tratados e convenções internacionais, orientado todos os demais princípios e garantias processuais penais.

Neste sentindo, muito se tem trabalhado sobre abrangência, faces e efeitos da presunção de inocência, seja ela considerada como regra de tratamento, probatória, julgamento ou até recentemente questionado, como *standards* probatórios.

É com esta última faceta que pretendemos trabalhar, tendo em vista que grande parte dos estudos ainda se mostram incertos em relação compatibilidade dos referidos institutos, mas que ao mesmo tempo também passa ser considerado reforço do referido princípio na perspectiva de garantia processual, estabelecendo parâmetros pouco menos subjetivos nas decisões penais, considerando o atual sistema adotado.

---

[1] Advogada criminal. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela PUC Minas e especializada em ciências criminais pela ESA – Escola Superior de Advocacia em parceria com Dom Helder (2017). Vice-Presidente da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/MG e Coordenadora da coluna Vozes-Mulheres no site da Empório do Direito.

Vale dizer ainda que não é objetivo do presente trabalho esgotar a temática, pretende-se apenas dar início a discussão apresentando alguns argumentos já trabalhados pela doutrina.

2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CARÁTER MULTIFACETÁRIO

De acordo com Aury Lopes Jr.[2], o princípio em análise remonta aos escritos de Trajano, no Direito Romano. Porém, na Idade Média, a implementação do procedimento inquisitório abandonou a presunção de não culpabilidade, cabendo ao acusado a prova da de sua inocência.

Conforme José de Assis Santiago Neto, a presunção de inocência não é nova e esteve presente, ainda que de forma frágil, na maioria dos ordenamentos jurídicos brasileiros:

> Ainda que de forma rudimentar o princípio da presunção de não culpabilidade encontrava-se presente já na Constituição de 1824, podendo ser extraída do art. 179, inc. VII e IX (....), de maneira arcaica na Constituição Imperial de 1981, em seu art. 72. (...)A Constituição de 1934, não houve qualquer manifestação expressa ou referência em seu texto. (...). A constituição de 1937, vigente durante Ditadura Militar de Getúlio Vargas, retomou de forma rudimentar da previsão. (...) Em novo retrocesso a Constituição de 1946 repetiu a carta de 1934 e não fez previsão da presunção de não culpabilidade. No mesmo sentido foi Constituição de 1967 e nem emenda de 1969. Somente em 1988, com a Constituição vigente, é que o principio da presunção de não culpabilidade foi trazido para dentro do ordenamento constitucional positivo brasileiro.[3]

No âmbito do direito internacional conforme ensina Thiago Minagé[4], a presunção de inocência foi prevista, historicamente, em diversos diplomas internacionais de direitos humanos. Inicialmente pela Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Francesa, em 1978, em seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada

---

[2] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

[3] SANTIAGO NETO, José**.** *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório*. A participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 184-186.

[4] MINAGÉ, Thiago**.** *Prisões e Medidas Cautelares à luz da Constituição*: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 96.

pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. No âmbito das organizações regionais: Convenção Europeia de Direitos Humanos, em Roma, em 4 de novembro de 1950, no justo processo penal no art. 6º, da Convenção Europeia. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adorado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direito Humanos, em 22 de dezembro de 1969.

Em especial, o Pacto sobre Direito Civis e Políticos foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 592, de 1992, o que também aconteceu com Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto nº 678, de 1992.

Desta maneira, não seria exagero considerar presunção de inocência já incorporada em todo nosso sistema jurídico, devendo ser acatada como pressuposto para todas outras garantias processuais, conforme indica Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró[5], uma vez que marca e define toda a condição do sujeito durante todo processo penal, podendo ser abordada por diversas perspectivas no jogo processual.

Desta forma, a presunção de inocência é considerada uma lente, um filtro, pelo qual é exigida nova forma de enxergar e tratar o acusado diante do processo penal. Ainda nas palavras de Thiago Minagé:

> O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito a quem se assegura ampla defesa, com direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado e assegurando-lhe, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer direito de colaborar com a (mal) dita descoberta da verdade. A prova da imputação cabe à acusação e, integralmente a ela, não há que se falar em distribuição de ônus de prova, justamente pela forma de tratamento ao acusado, qual seja: presumidamente inocente.[6]

Noutro giro, a presunção de inocência além de princípio orientador também passa ter caráter de orientação política, isto é, passar orientar e compõe todo o microssistema de direito constitucional, Judiciário, na perspectiva de

---

[5] LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer Presunção de Inocência. Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acessado em: 19 abr. 2017.

[6] MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à luz da Constituição*: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 97.

um Estado Democrático, criando e dando interpretação a tantas outras garantias processuais e extraprocessuais.

Diante da breve exposição e não desmerecendo a importância da abrangência mencionada, pretendemos limitar a três pilares comumente utilizados no processo penal da presunção de inocência. O primeiro aspecto do mencionado princípio refere-se a chamada regra de tratamento.

Segundo Amilton Bueno de Carvalho[7], a presunção de não culpabilidade é dever constitucional do juiz, que deve iniciar o procedimento convencido da inocência do acusado. O que se espera com o princípio da presunção de inocência é que ninguém seja considerado, nem tratado como culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

De acordo com Alberto Binder[8], a presunção de inocência se afirma como regra de tratamento quando dispõe que enquanto não for comprovada por sentença condenatória a culpabilidade do acusado, ele não poderá, de forma alguma, ser tratado como culpado. Também é o que ensina Jordi Beltrán:

> A única coisa que a regra de tratamento impõe é que o Estado (inclusive o próprio juiz da causa) não pode submeter o imputado a nenhum tratamento nem tomar qualquer decisão no curso do processo que suponha a antecipação da condenação e, em consequência, da pena.[9]

Neste mesmo sentido existe orientação como regra de tratamento no uso e aplicação de medidas cautelares, utilização de algemas, exposição à mídia. O acusado sempre deverá ser tratado como inocente fosse, pois assim ainda é, enquanto não aletrado seu estado por decisão condenatória e sem possibilidade de modificação.

Em segundo momento, existe a possibilidade de se analisar a presunção de inocência como regra probatória, isto é: o ônus da prova cabe exclusivamente à acusação, ou seja, inexiste carga probatória ou responsabilidade para a defesa sob o viés objetivo, pois a dialética de processo civil não encontra adequação no processo penal, considerando que o investigado/réu deve ser considerado

---

[7] CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais***.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 07.

[8] BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 90.

[9] BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência***.** 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/131>. Acessado em: 17 dez. 2018, p.11.

como pessoa inocente e o órgão acusador é o único responsável por produzir elementos que sustentem sua acusação e que pode levar condenação.

Ou seja, neste momento a prova é que irá possibilitar a quebra da presunção de inocência para construção da culpa, caso contrário, absolvição é à medida que se impõe. Vale dizer que a produção probatória deve seguir todo os procedimentos dispostos em lei para sua elaboração!

Em decorrência do motivo supramencionado há uma ligação do princípio da presunção de inocência com o processo penal justo, devido processo legal ou processo legal substancial, que dentre suas premissas fundamenta o reconhecimento ao direito a não autoincriminação, ou seja, possibilidade de não produzir provas contra si mesmo.

Conforme ensina José de Assis Santiago[10], a presunção de não culpabilidade somente poderá restar quebrada quando houver no processo prova válida, produzida em conformidade com o Direito (prova lícita), em contraditório e desde que sejam assegurados aos acusados todos os meios de defesa e argumentação possíveis e necessárias. Neste mesmo sentido também é o que ensina Jordi Beltrán[11]:

> Nesta sentença, o Alto Tribunal declarou que o direito à presunção de inocência tem implicações diretas sobre como deve ser o procedimento probatório que possa dar lugar à derrota da própria presunção, mediante a sentença de culpabilidade. Dito de outra maneira, não basta que recaia sentença que declare a condenação para que a presunção de inocência ceda: essa declaração deve ser a conclusão de um procedimento probatório com todas as garantias processuais.

Em uma terceira perspectiva, a presunção de inocência faz surgir a necessidade da regra de julgamento, no sentido de que sempre que houver dúvida sobre fato relevante para decisão do processo a culpa e não inocência deverá ser demonstrada, eliminando qualquer dúvida razoável para condenação. Ou seja, no caso de permanecer dúvidas em relação ao fato apontado na acusação e não restar demonstrado durante instrução processual, a absolvição, em razão da presunção de inocência, é a medida que se impõe.

---

[10] SANTIAGO NETO, José**.** *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório.* A participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 202.

[11] BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência***,** 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/131>. Acessado em: 17 dez. 2018, p. 15.

É nesta perspectiva que conseguimos encontrar relação da presunção de inocência com *standards* probatórios, pois é necessário, no mínimo, um grau de probabilidade elevadíssimo da culpabilidade do acusado para condená-lo. Em razão disso, o julgador tem um dever argumentativo mais elevado para superar a presunção que milita em favor do réu.

3. *STANDARDS* PROBATÓRIOS

O processo penal é um instrumento que trabalha de maneira retrospectiva, avaliando os fatos passados, na tentativa de realizar uma reconstrução histórica. Sendo assim, acaba sofrendo todas interferências durante a tentativa de reconstrução dos fatos: ideológicas, práticas, de linguagem, dentre outras, impossibilitando assim, atingir a reconstrução em sua totalidade, o que acaba por desfazer o mito da chamada verdade real.

Por consequência, a decisão judicial também não retrata com veracidade os fatos, não atinge o conhecimento absoluto acerca das proposições declaradas como provadas, apenas corroboração ou não da hipótese levantada pela acusação, mas nunca, se é possível dizer, que traduz com exatidão o fato ocorrido.

Sendo assim o processo penal, considerado como instrumento de verificação de hipótese, é o meio pelo qual se analisa possível prática de fato criminoso por determinada pessoa, e, em caso de conclusão positiva (verificação da hipótese acusatória), necessário será imposição de uma sanção, demonstrando exercício do poder estatal. Contudo, essa conclusão apenas poderá ser possível desde que respeitados limites probatórios impostos, no caso brasileiro, seguindo os ditames de um sistema acusatório e democrático.

Vale dizer, somente poderá ser utilizada prova desde que a mesma seja produzida e valorada de maneira lícita, respeitando criação e interpretação dentro dos limites da legalidade do ordenamento jurídico.

Então, a fim de que se legitime o próprio exercício do poder jurisdicional, é imperativo que se tenha uma adequada análise das provas, devendo essa ser controlada para compor a fundamentação da decisão.

Em nosso regramento, o modelo adotado para avaliação desses elementos de prova é o da persuasão racional ou livre convencimento, (arts. 93, IX, da CR/88 e 155 do CPP). Sendo assim, diante de todo o conjunto probatório elaborado pelas partes, em contraditório, o magistrado poderá escolher quais

elementos utilizará para definir sua convicção sobre o caso e fundamentar sua decisão.

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por pela confirmação ou não da hipótese acusatória e por tal ou qual prova se baseou, fazendo-o com que as partes do processo tenham conhecimento dos fundamentos e possam questioná-las, eventualmente em fase recursal, caso entendam necessário.

Ocorre que essa liberdade pode levar ao decisionismo ou ativismo judicial, pois o magistrado poderá decidir da maneira que bem entender, excluindo os elementos considerados importantes para uma das partes, por não entender necessário ou agir de maneira que ele saia da posição de imparcial e comece atuar como parte, desiquilibrando toda estrutura processual e desfazendo o arcabouço principiológico da presunção de inocência.

Portanto, a metodologia do livre convencimento judicial quanto à questão de fato não pode ser compreendida como local em que não exista qualquer tipo de controle jurídico, o controle é imprescindível no ponto de vista da presunção de inocência.

Sendo assim, na tentativa de criar métodos de controle de decisão, surgem os estudos relacionadas aos *standards* de prova, que nada mais são que critérios de suficiência quanto ao material probatório produzido, visando trazer mais objetividade e controle ao juízo de fato nas decisões tomadas ao longo do processo, em especial, as decisões de restrição de direito ou condenação criminal.

Contudo, também existem críticas sobre criação de parâmetros, no sentido de que a decisão poderá ser controlada, seguindo critérios de formulários e desfazer a livre atuação do magistrado, bem como esses critérios baseiam-se em uma moral canônica de aceitabilidade social e a dificuldade em listar critérios objetivos sem que limite forma/maneira de julgar.

As críticas também são voltadas no sentido de que determinado o nível da dúvida racional compatível com a condenação do acusado, já não sobraria espaço para o *in dubio pro reo*, que, por consequência, excluiria própria presunção de inocência.

Contudo, não temos certeza sobre as ponderações. Inicialmente, porque como já mencionado necessário é controle da atuação do magistrado, o que não impede sua atuação, apenas que fundamente adequadamente sua decisão

seguinte critérios pouco mais claros, o que acaba por democratizar o espaço de construção das decisões que afetam a vida dos jurisdicionados. No que diz respeito aos parâmetros serem flexíveis, entende-se que os critérios para decidir maiores objetivos e claros, possibilitam caminho no qual o magistrado pode percorrer e fundamentar com base nos elementos produzidos e, por fim, ainda que se adote um racional, sempre ficará uma margem de questionamento sobre ele, até mesmo sobre o exato grau de dúvida racional compatível com a condenação, o que levaria ao exercício racional do magistrado e, por consequência, não prenderia em sua atividade hermenêutica. Nestas hipóteses, faz-se necessária uma regra de segunda ordem, que estabeleça o que deve ser realizado no caso de dúvida sobre a satisfação do controle. E é aqui onde resultaria aplicável a presunção de inocência na perspectiva do *in dubio pro reo*: em caso de dúvida sobre a satisfação do *standard*, a absolvição do acusado continua sendo devida.

Diante de vários ordenamentos jurídicos, existem diferentes espécies de *standards* de prova, mas todos de alguma forma tendem a referir graus diversos de exigência na confirmação dos enunciados fáticos a depender do tipo de demanda em questão. A intensidade da percepção do julgador acerca do conjunto de hipóteses probatórias pode variar, e a imposição de exigência de suficiência de prova mais rigorosa altera-se de acordo com os direitos em discussão, conforme explica Luís Felipe Schneider Kircher.[12]

Até mesmo para analisar e superar as críticas, devemos, ao menos, ter conhecimento de certos parâmetros ou graus de certeza já consolidados, como aqueles previsto no direito americano, que são considerados os mais seguros: "I) é provável que algo tenha ocorrido; II) é altamente provável que algo tenha ocorrido; III) é quase certo que algo tenha ocorrido; V) é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido", conforme ensina Danilo Knijnik.[13]

É possível perceber que, em que pese esses critérios serem considerados expressões abertas, também podem auxiliar o magistrado na função decisória e não impossibilita o livre convencimento no momento de valoração probatória.

---

[12] KIRCHER, Luís Felipe Schneider. O Convencimento Judicial e os Parâmetros de Controle sobre o Juízo de Fato: Visão Geral, Direito Comparado e o Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27682313_O_CONVENCIMENTO_JUDICIAL_E_OS_PARAMETROS_DE_CONTROLE_SOBRE_O_JUIZO_DE_FATO_VISAO_GERAL_DIREITO_COMPARADO_E_O_TRIBUNAL_PENAL_INTERNACIONAL.aspx>. Acessado em: 17 dez. 2018.

[13] KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 194.

Sendo assim, as figuras dos *standards*, com acerto, permitem que se examinem a qualidade dos argumentos e a dúvida que eles podem suscitar, reforçando presunção de inocência.

4. NECESSIDADE DE *STANDARD* E O RECONHECIMENTO DE REFORÇO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

A crítica supramencionada em relação ao modelo de valoração da prova que atualmente encontra-se no processo penal brasileiro corrobora ideia de que o direito à presunção de inocência pressupõe a necessidade de um *standard* de prova.

Isso porque não se dispõe de um controle sobre valoração de prova intersubjetivamente controlável, a presunção de inocência, em seus diversos aspectos, deixa de ser operativa visto que não se sabe resultado probatório, sem que se tenha controle e limites para decisão judicial.

Adotando a figura do *standard* para além da dúvida razoável, como modelo americano ou outros[14], entende-se que caberá ao julgador mostrar, para eventual condenação que uma dúvida concreta está superada ou que se trata de uma dúvida abstrata, teórica ou desalinhada com o fato julgado, devendo absolver o acusado, em razão da presunção de inocência.

Ademais, considerando o modelo de processo penal constitucionalmente orientado, sabe-se que o magistrado deve julgar com os elementos produzidos pelas partes, tem-se nos *standards* uma orientação de como dar por provada essa alegação acusatória e superada presunção de inocência.

Neste sentido, para ilustrar a compatibilidade da presunção de inocência e o referido controle Luís Felipe Schneider Kircher trouxe o regramento e alguns julgamentos realizados pelo Tribunal Penal Internacional, demonstrando ainda mistura de *civil e common law,* vejamos:

---

[14] Esse é o parâmetro de maior exigência, que tem previsão legal na Itália, no art. 533, do seu Código de Processo Penal, ao estabelecer que o juiz somente proferirá sentença condenatória "se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio". No Chile, o art. 340 de sua codificação processual penal estabelece que "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él, hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley."

> O primeiro é o caso do ex-presidente sudanês Omar Hassan Ahmad al-Bashir, e a discussão envolvendo a extensão do mandado de detenção internacional. Neste julgamento, o juízo de instrução deferiu o mandado de detenção no que tange aos crimes de guerra e contra a humanidade e indeferiu a prisão do ditador no que refere ao crime de genocídio, porque não tinha conseguido vislumbrar no material probatório trazido pela acusação 'severas razões' quanto ao cometimento desse delito pelo réu (ausência de dolo específico).
>
> A partir dessa decisão, o órgão acusatório apelou para buscar a detenção também quanto ao crime de genocídio. Em grau recursal, o juízo de apelação reviu a decisão, entendendo que nessa fase de prejulgamento o *standard* apropriado era o *reasonable grounds to believe,* ou seja, deveria ser analisado se havia motivos suficientes para acreditar que a pessoa cometeu o crime, estendendo, portanto, o mandado de detenção para os crimes de genocídio.
>
> O segundo é o caso Thomas Lubanga Dyilo64, sendo a primeira sentença final da Corte proferida, em 2012, por unanimidade, resultando numa condenação de 14 anos de prisão. Com efeito, após um longo julgamento, com a oitiva de diversas testemunhas, incluindo muitas vítimas, o TPI decidiu condenar Thomas Lubanga, considerando-o responsável como coautor pelo recrutamento forçado de crianças soldado – crime de guerra (8, 2, b, XXVI e 8, 2, e, VII), muitas delas com menos de 15 anos de idade, durante a guerra civil em Ituri, no nordeste da República Democrática do Congo, entre 2002 e 2003.
>
> Os juízes da Corte entenderam que ficou provado 'além da dúvida razoável' que Lubanga participou ativamente das campanhas de mobilização e recrutamento das crianças para a Força Patriótica pela Liberação do Congo65. Após, houve a interposição de recurso e, por maioria, a sentença condenatória foi mantida.[15]

As críticas feitas centram-se no vocábulo "dúvida", e o *standard* "para além da dúvida razoável" é garantia ao acusado justamente por ter de superar todos os pontos apresentados pela acusação e defesa.

Entretanto, não se deve olvidar que os *standards* de prova, por mais que sejam um parâmetro possível de controle, têm, certamente, suas limitações.

---

[15] KIRCHER, Luís Felipe Schneider. O Convencimento Judicial e os Parâmetros de Controle sobre o Juízo de Fato: Visão Geral, Direito Comparado e o Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27682313_O_CONVENCIMENTO_JUDICIAL_E_OS_PARAMETROS_DE_CONTROLE_SOBRE_O_JUIZO_DE_FATO_VISAO_GERAL_DIREITO_COMPARADO_E_O_TRIBUNAL_PENAL_INTERNACIONAL.aspx>. Acessado em: 17 dez. 2018.

Isso, pois, são pautas axiológicas abertas, mas se prestam a realizar uma tarefa de auxílio de criação de um critério que permita o diálogo, colocando o juízo de fato sob um contraditório efetivo, o que reforça a presunção de inocência, mais uma vez.

CONCLUSÕES

No trabalho desenvolvido até aqui, pretendemos demonstrar que:

a) Presunção de inocência é vista como princípio constitucional que orienta todo o processo penal e por consequência, assume diversas facetas e influência outros princípios processuais penais.

b) Essa adoção reflete nas regras de tratamento, probatório e de julgamento, sendo que esta última, por vezes não é possível controlar o racional utilizado, levando ao decisionismo ou subjetivismo.

c) Para tanto, necessário criação de parâmetros menos subjetivos, criando padrão para estabelecer o que poderia ultrapassar a presunção de inocência e levar condenação.

d) Analisando *standards* é possível afirmar que utilização de controle racional de decisão reafirma o princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *In*: Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0003-2225-0177>. Acessado em: 4 jul. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-4526-9316>. Acessado em: 4 jul. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Vituajus: Revista eletrônica da faculdade Mineira de Direito da PUC Minas*. Belo Horizonte, ano 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acessado em: 30 jun. 2017.

BARROS, Flaviane de Magalhães. (*Re) forma do processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2009.

BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. *Standards Probatórios no processo penal,* 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência.* 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/131>. Acessado em: 17 dez. 2018.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 26 jul. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em: 26 jul. 2018

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no processo penal*: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*. Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. O Convencimento Judicial e os Parâmetros de Controle sobre o Juízo de Fato: Visão Geral, Direito Comparado e o Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27682313_O_CONVENCIMENTO_JUDICIAL_E_OS_PARAMETROS_DE_CONTROLE_SOBRE_O_JUIZO_DE_FATO_VISAO_GERAL_DIREITO_COMPARADO_E_O_TRIBUNAL_PENAL_INTERNACIONAL.aspx>. Acessado em: 17 dez. 2018.

KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial*: paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, jan./fev. 2001.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal.* Introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas cautelares à luz da Constituição:* o contraditório como significante estruturante do processo penal. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración da la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal.* 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. *In dubio pro reo* e proteção para além da dúvida razoável. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dubio-pro-reo--e-protecao-para-alem-da-duvida-razoavel-21022017>. Acessado em: 8 dez. 2018.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos.* A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo. Marcial Pons. 2014.

SANTIAGO NETO, José. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório.* A participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *In:* Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Processo Penal*. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-9339-6803>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prova penal:* Estado Democrático de Direito. 1. ed. São Paulo: Empório do Direito, 2015.

REPERCUSSÕES DOS MODELOS DE AUTORREGULAÇÃO E *COMPLIANCE* SOBRE A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: PROBLEMAS CONCERNENTES À ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL, *DUE DILIGENCE* E APLICAÇÃO PREVENTIVA DE SANÇÕES

Paula Brener[1]

INTRODUÇÃO

Em 1935 já afirmava James Goldschimit que os "princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral"[2]. Um dos princípios centrais ao processo que caracteriza a política de um Estado Democrático é a presunção da inocência. Esse princípio, contudo, foi elaborado no âmbito de um direito penal tradicional, estruturado como instrumento regulamentador da atuação do Estado sobre o indivíduo. Atualmente, buscam-se novos instrumentos de enfrentamento à criminalidade, em especial com a adoção de um modelo de autorregulação regulada, por meio do qual diversos deveres de fiscalização e punição estatais são delegados às sociedades empresariais por meio de programas de integridade. Mesmo as

[1] Advogada criminalista. Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela UFMG. Professora voluntária de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG (2019). Professora convidada do Centro de Estudos em Direito e Negócios – CEDIN. E-mail: <brener.paula@outlook.com>.

[2] Destaca-se em nota: "Os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição". GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad. *par.* Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

interações mercantis não escapam ao marco da autorregulação regulada, impõem-se deveres de *due diligence* sobre parceiros e fornecedores, de modo a evitar a negociação com indivíduos e empresas.

A delegação desses deveres ao gestor corporativo o coloca em uma sensível posição em que, para assegurar a idoneidade de sua empresa e proteger-se de eventual imputação criminal, precisa aplicar de modo célere e eficaz sanções disciplinares a seus funcionários ou mesmo afastá-los da sociedade empresária quando toma conhecimento de qualquer investigação ou irregularidade que os envolva. Especialmente quando a medida da eficácia de um programa de *compliance* e o nível de comprometimento da alta direção com o seu cumprimento passa a ser identificado com o rigor das sanções aplicadas internamente.

Surgem então questionamentos sobre a compatibilização do novo modelo aos princípios clássicos de direito e processo penal, sendo especificamente o objeto deste trabalho o princípio da presunção da inocência. Questiona-se, então, como deve ser compreendida a presunção da inocência nesse novo contexto de regulação por entes privados?

Diante desse problema, o presente trabalho busca analisar a presunção da inocência, especialmente em sua dimensão de regra de tratamento extraprocessual, em face das novas exigências penais de integridade no ambiente corporativo. Propõe-se a investigar em que medida a imposição às empresas pela adoção de medidas de *due diligence*, bem como a aplicação de sanções disciplinares representam um antecipado juízo de culpabilidade.

Para responder aos problemas expostos, propõe-se a realização de uma investigação teórica, com prioridade para a análise de conteúdo com vistas à compreensão crítica do tema-problema. A proposta consiste em uma pesquisa de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo. O procedimento incialmente previsto orienta-se pelo levantamento de referências bibliográficas, a sistematização dos dados encontrados, a análise crítica das informações organizadas, articuladas para a formulação de uma proposta de solução para os seguintes casos problema:

Caso 1: foram iniciadas negociações para o fornecimento de serviços de engenharia por uma empreiteira X a uma sociedade empresarial Y. Seguindo as políticas internas de integridade, o setor de auditorias de Y identificou, em *due diligence* sobre a cadeia de fornecedores, que engenheiros sócios da empresa X

estão sendo processados criminalmente. Qual posição deve ser adotada pelos gestores de Y em relação à empreiteira contrata para que se resguardem?

Caso 2: a partir do recebimento de notificação extrajudicial por vizinhos apontando irregularidades no depósito de dejetos em um rio, os gestores de uma Empresa A, cujo objeto é a extração mineral, tomam conhecimento do descumprimento de suas normas internas pelos funcionários responsáveis pelo transporte e despejo dos resíduos dos empreendimentos minerários. Verificam então que os funcionários operavam dessa forma irregular pois, dessa forma, aceleravam os serviços, ampliando os lucros para a Empresa e, consequentemente, lhes permitia receber maior bônus ao final do ano. Esses funcionários eram selecionados e treinados por um engenheiro E. Diante da descoberta desse cenário, quais medidas devem ser adotadas pelos gestores da Empresa A?

Para apresentar as premissas necessárias para a melhor articulação de dados e de uma resposta crítica aos casos, o trabalho se desenvolverá sobre três tópicos. Em um primeiro ponto será analisada a natureza da presunção da inocência, desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência em uma forma poliédrica que abarca diferentes dimensões: princípio informador, regra probatória, regra de juízo e regra de tratamento. É essa ultima dimensão, em sua faceta extraprocessual que interessa ao presente trabalho, razão pela qual será analisada de forma mais aprofundada em um segundo tópico. No terceiro ponto serão analisados os programas de *compliance* em face à presunção de inocência, dividindo-se em dois subtópicos: a efetivação de deveres de *due diligence* e a aplicação de medidas sancionatórias no âmbito interno da empresa. Por fim, serão apresentadas as considerações finais do trabalho.

1. A NATUREZA POLIÉDRICA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A presunção da inocência foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, o qual dispõe: "LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Conforme Jordi Nieva Fenoll, seria inerente à sociedade um juízo prévio de culpabilidade, que enseja nas massas uma série de expectativas sociais que o Estado busca sanar com o processo penal, expectativas essas que inevitavelmente representam uma estigmatização sobre o indivíduo.

A esse papel simbólico e estigmatizador do processo faz perante a presunção da inocência, de modo a assegurar um processo orientado democraticamente, por meio do qual não se busca a simples afirmação da responsabilidade, mas a limitação do exercício do poder punitivo. A importância do princípio, portanto, estaria justamente na contenção do preconceito social que inicial e imediatamente recai sobre o indivíduo com a instauração de um procedimento investigativo ou de um processo criminal[3].

Sobre a eficácia dessa previsão constitucional, vale observar que ela não é absoluta, uma vez que a própria norma constitucional estabelece o momento em que cessarão os efeitos dessa presunção. Configura-se, portanto, uma presunção *juris tantum*. Na medida em que afirma essa garantia "até" o trânsito em julgado de sentença condenatória, a Constituição estabelece seu marco final, o momento em que o indivíduo passará a sofrer as consequências da culpa.

Antes desse marco, entretanto, por ser um direito individual fundamental, a presunção da inocência funciona como um patamar mínimo de proteção, um patamar irrenunciável que tão somente pode ser ampliado. Nas palavras de Juarez Tavares, trata-se de um postulado normativo de atendimento obrigatório[4], que confere democraticidade ao Direito e ao Processo Penal. Coloca-se esse princípio como um anteparo entre o indivíduo e o Estado, que não poderá lhe impor a condição de criminoso sem que o acusado participe da construção dos atos que irão levar a essa conclusão. Torna-se um inibidor da atuação autoritária e arbitrária do Estado sobre as liberdades individuais.

Embora o princípio apenas tenha sido positivado em um momento recente no país, possui longo percurso histórico e amplo desenvolvimento jurisprudencial e dogmático. Contemporaneamente, compreende-se a presunção da inocência em uma forma poliédrica, composta de diferentes dimensões conforme a sua eficácia. Em geral, atribui-se ao princípio uma eficácia como

---

[3] Destaca-se o seguinte excerto: "Mas à margem dessa posição no processo, que faz do acusado a pessoa mais visível do mesmo, o certo é que o simples fato de assinalar uma pessoa como suspeita gera automaticamente um receio social frente a esse indivíduo. É muito raro que alguém lhe tenha por inocente. Sempre que aparece uma notícia jornalística sobre um suspeito, ou acerca de uma simples detenção policial, o cidadão tende sistematicamente a dar por certa a informação, a ter, não como suspeito, senão diretamente como culpável a essa pessoa". NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *Revista para el análisis del derecho – InDret*, Madrid, n. 1, 2016, p. 05. Tradução nossa.

[4] TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 82.

princípio informador, como regra probatória, como regra de juízo e como regra de tratamento.

Assim, inicialmente, a presunção da inocência funcionaria como princípio informador do processo, ou seja, como o "eixo fundamental em torno do qual gira o processo penal"[5]. Manifesta-se em cada uma de suas fases, operando como uma baliza na contenção do poder punitivo do Estado. Por essa dimensão da presunção da inocência é que se manifesta a sua faceta política liberal democrática, constituindo um suposto de imunidade do indivíduo frente ao Estado-poder.

A dimensão da presunção da inocência como regra probatória se torna evidente pelo texto do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual dispõe que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". De forma simplificada, imporia uma série de requisitos para a atividade probatória possa servir para lastrear uma sentença condenatória em um Estado Democrático de Direito, afinal, no processo, forma é garantia. Uma das consequências dessa faceta do princípio está na compreensão de que, como consequência da incerteza sobre a culpabilidade do acusado, postulada constitucionalmente, emerge a atribuição em sua integralidade da carga probatória ao Ministério Público. É a acusação que incumbirá o ônus de provar a hipótese acusatória, apresentando provas que possam fazer cessar a presunção da inocência. Sobre esse tema específico, faremos uma análise aprofundada no próximo tópico da nossa aula.

Como regra de juízo, a presunção da inocência impõe que somente seja considerado culpado o acusado quando restar inteiramente comprovada a sua culpabilidade. Trata-se aqui de uma regra que se aplica diretamente sobre o juízo de fato realizado ao longo do processo, como critério decisório[6]. Assim, a presunção da inocência cria para o Juiz um dever de observância *ao in dubio pro reo* nas hipóteses de dúvida, as quais somente cessam com fundamentos em provas incriminatórias. Conforme afirma Aury Lopes Jr., é a presunção da inocência um critério pragmático de solução da incerteza judicial[7].

---

[5] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, p. 119.

[6] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, p. 118.

[7] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 564.

Por fim, a presunção da inocência como regra de tratamento significa que não se pode antecipar o juízo de culpabilidade sobre o acusado antes do trânsito em julgado. Ou seja, enquanto não cessar a presunção da inocência, o tratamento dispensado ao acusado deve ser o de completa isonomia e igualdade com qualquer outro cidadão. Por sua relevância para o presente trabalho e para a análise crítica que se propõe, a faceta da presunção da inocência como regra de tratamento será analisada em um tópico próprio a seguir.

2. A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO

Em uma democracia liberal, a presunção da inocência não é apenas um princípio inspirador do processo, orientando sua metodologia, mas assume a forma de verdadeiro direito subjetivo que se consubstancia na sua eficácia como regra de tratamento. Sob esse aspecto, o princípio impõe o tratamento de todo indivíduo como inocente, independentemente da existência ou não de uma imputação contra si.

Essa forma de compreender a presunção da inocência nasce da construção jurisprudencial e dogmática espanhola, e teve seus efeitos muito bem constatados pelo Tribunal Constitucional Espanhol, o qual identificou uma bipartição na forma de manifestação dessa regra: endoprocessual e extraprocessual.

Na condição de regra de tratamento endoprocessual, a presunção da inocência opera no sentido de definir a liberdade do acusado como regra. Qualquer alteração do seu *status* de liberdade deve ser fundamentada em motivos outros que a mera hipótese acusatória. Deve-se partir da inocência do imputado para "reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos del imputado durante el proceso"[8]. Dessa forma, as decisões e atos no processo não podem antecipar a pena, mas devem se desenvolver de modo a não equiparar o imputado ao culpado. Assim, não se pode proceder a exposições humilhantes do acusado, a medidas cautelares abusivas, prisões preventivas imotivadas com a manutenção do preso juntamente aos condenados com sentença transitada em julgado, ao uso ostensivo e publicizado de algemas, dentre outros.

Em sua dimensão de tratamento extraprocessual, a presunção de inocência opera como regra de proibição ao tratamento discriminatório ao acusado.

---

[8] MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona: Editorial Aranzadim, 1999.

O indiciado ou réu deve gozar dos mesmos direitos e do mesmo tratamento em sociedade que possuía antes da acusação. Assim, não se pode admitir que uma sentença não transitada em julgado seja critério válido para que se negue um emprego ao indivíduo, para eliminá-lo de um concurso, para barrar sua entrada em um estabelecimento, dentre outros.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol entende que a presunção a inocência:

> opera em situações extraprocessuais e constitui o direito a receber a consideração e o tratamento de não autor ou partícipe em fatos de caráter delituoso ou análogos a esses e determina, em consequência, que o direito a que não se apliquem as consequências ou os efeitos jurídicos atribuíveis a fatos de tal natureza às relações jurídicas de todo tipo[9].

Assim, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, é o acusado inocente para todos os fins, devendo assim ser tratado pelo Estado, pela sociedade e pelos particulares. Contudo, como visto anteriormente, é natural que se observe na sociedade uma forte antecipação do juízo de culpa. Especialmente com a intensa transmissão midiática de procedimentos criminais como operações policiais, inquéritos e julgamentos, conforma-se na sociedade uma expectativa pela reação do Estado no sentido da responsabilização de indivíduos.

Perante a esse natural temor que o indiciamento e a imputação de um indivíduo acarretam na sociedade, torna-se importante papel do Estado, em um contexto constitucional democrático, a consolidação de instrumentos e mecanismos de contenção desse tipo de reações. Em lugar de trabalhar com a presunção da inocência como uma simples formalidade positivada na Constituição, é dever do Estado buscar a sua concretização e realização. Nesse sentido, Karl Loewenstein afirma ser o *telos* de toda constituição justamente o de limitar o poder político, de modo a assegurar aos seus destinatários uma

---

[9] ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sala primeira. Sentencia 109/1986 – (STC 109/1986, F. J. 1º); BOE núm. 253, de 22 de outubro de 1986. Excerto extraído e traduzido do original: "El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2° del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo".

liberação "do controle social absoluto de seus dominadores, e lhes assinalar uma legitima participação no processo do poder"[10].

Assim, não deve ser um ônus do particular superar suas impressões e preconceitos humanos e naturais, mantendo a convivência absolutamente ausente de qualquer diferenciação entre sujeitos. A manutenção dos indivíduos sobre os quais incide o processo perpassa pela garantia de maior sigilo sobre esses procedimentos perante publicização midiática, bem como pelo incentivo estatal a um tratamento igualitário.

Entretanto, em resposta aos recentes clamores da sociedade e à própria agenda político criminal de enfrentamento aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, houve uma expansão da legislação penal no país, a qual parece caminhar no sentido contrário ao aqui exposto. As novas normas positivadas impõem a empresas e particulares inúmeros deveres e políticas de integridade que, em diversos casos, acabam por verdadeiramente obrigar ao particular uma antecipação do juízo de culpa em relação a seus funcionários e fornecedores. É essa a problemática que será abordada a seguir.

3. PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*: PREVENÇÃO E DISCIPLINA NO ÂMBITO CORPORATIVO

Atualmente, vive-se me uma sociedade pós-industrial globalizada, marcada por relações jurídicas e interpessoais altamente complexas, conformando verdadeira "sociedade dos riscos", de acordo com o diagnóstico sociológico de Ulrich Beck[11]. Essa ordenação moderna, segundo bem identifica Silva Sánchez, traz consigo novos problemas e inseguranças que tornam insuficientes as técnicas clássicas de enfrentamento à criminalidade. Nesse contexto, são socializados os riscos das relações econômicas e interpessoais, buscando-se soluções pelo

[10] Destaca-se: "En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder." LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. *par.* Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 151.

[11] BECK, Ulrich. *Risk Society:* towards a new modernity. Trad. *par.* Mark Ritter. Londres: Sage Publications Ltda., 1992.

Direito Penal para os problemas que emergem[12]. Resultado disso é o incremento de deveres objetivos de cuidado e a eliminação de espaços de risco permitido pela criação de deveres especiais. Nesse sentido, o criminólogo David Garland cunha o termo "cultura do controle" para identificar a tendente busca por soluções gerencialistas e sob o plano de criação de novas técnicas de controle.[13]

Um dos principais instrumentos para essa política gerencialista é o chamado programa de *compliance*, sistemas de organização corporativa que implicam a adoção de um conjunto de medidas para assegurar o cumprimento das normas no ambiente interno, bem como evitar e enfrentar problemas como a corrupção. Busca-se administrar os riscos da atividade empresarial pelo desenvolvimento uma nova cultura empresarial por meio do fortalecimento dos canais de comunicação entre as sociedades empresariais, o governo e a sociedade, bem como promover a integridade e a transparência enquanto elementos fundamentais do sistema[14].

Trata-se, portanto, de uma ferramenta de gestão e organização corporativa exigida mundialmente como parte da agenda político-criminal de enfrentamento da corrupção e da lavagem de dinheiro transnacional[15]. Para Stefano

---

[12] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. par. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

[13] GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 167-206.

[14] An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide. Organizado por: Nações Unidas. Nova York: 2013. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf>. Acessado em: 23/08/2016.

[15] A adoção de programas de *compliance* integra a agenda mundial de enfrentamento à criminalidade econômica, considerada hoje um problema transnacional. A tendência legislativa e doutrinária caminha pela adoção de modelos *standard* de programas de integridade, cujos requisitos mínimos são elencados de modo geral são os mesmos na maior parte das legislações. Essa padronização é medida imposta pela própria natureza transnacional das empresas e da mercancia contemporânea, que se estende além das fronteiras nacionais e depende de ter a confiança reconhecida por instituições financeiras e regulatórias para a viabilidade de suas negociações. Nesse sentido, *vide*: Foreign Corrupt Practices Act., Lei Americana anticorrupção de 1977; OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (1997); The Civil Law Convention on Corruption (COE 2002, estabelecida pelo GRECO – Group of States against Corruption); ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery (determinada pela International Chamber of Commerce); guia da ONU Fighting Corruption in the Supply Chain: A Guide for Customers and Suppliers.

Manacorda verifica-se um verdadeiro fenômeno mundial de mudança de um regime tradicional de hetero-regulação, o Estado sobre o indivíduo, para a adoção do paradigma da autorregulação regulada, cuja difusão está diretamente ligada à atuação de corporações multinacionais que culminam na imposição de deveres standards de integridade no plano global[16].

A partir dessas pressões a nível global, o ordenamento brasileiro incorporou em suas normas as exigências gerais padronizadas para um programa de *compliance* considerado válido. O *compliance* foi primeiramente positivado no ordenamento nacional pela chamada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Essa norma estabelece o *compliance* como um dos requisitos para a redução de multa e mesmo para a compreensão da responsabilidade das empresas e de sua organização. Dessa forma, embora considerado um instrumento voluntário de autorregulação das empresas, torna-se imperativo para que uma empresa esteja em conformidade aos benefícios dispostos na Lei, bem como para ensejar uma leitura favorável da responsabilidade de seus gestores, no sentido de assegurar uma organização interna íntegra, afastando sua responsabilização pessoal.

A Lei Anticorrupção, no entanto, não define quais os requisitos para que se considere um programa de *compliance* válido, apenas determinando que uma norma futura o faça. A partir desse ponto, diversas outras normas empenharam-se em estabelecer parâmetros para a elaboração válida do programa[17].

International Chamber of Commerce (ICC) – ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery

[16] Destaca-se o seguinte excerto: "In the field of criminal law, the hetero-regulation that has been established at international level and has been implemented by states, has traditionally played a predominant role (Pieth 2007, 2012; see also Pieth and Aiolfi 2003). Private- or self-regulation is adopted by large corporations or representatives of enterprises for which the same rules are designed, and it is becoming increasingly widespread, in part as a response to calls made at the international level by the Global Compact, the World Economic Forum, and the B20/G20. All these international initiatives establish a clear set of markers demonstrating that commercial bribery is no longer seen as acceptable and, at the same time, that the task of resolving the problem falls as much to companies as it does to governments". MANACORDA, Stefano. Towards an Anti-bribery compliance model: methods and strategies for a "Hybrid Normativity". *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 12.

[17] Uma das primeiras normas no país a determinar os requisitos para um mecanismo de *compliance*, o Decreto municipal de São Paulo (Decreto nº 55.107/2014 prefeitura de SP), chave para o desenvolvimento de um programa de integridade no Brasil. A amplitude do presente trabalho, contudo, requer o foco em um recorte nacional, razão pela qual não será aprofundada a análise sobre esse primeiro decreto.

Mais detalhada norma brasileira sobre o tema, o Decreto nº 8.420/2015[18], o qual estabelece a nível nacional a base para a elaboração e efetivação de programas de integridade. Suas disposições normativas sobre o tema esclarecem e especificam as exigências das demais normas anteriormente apontadas.

Dentre os requisitos, é padrão mundial que se demande o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, a adoção de código de ética estabelecendo as políticas e valores da sociedade empresarial, de seus administradores, funcionários e colaboradores (intermediários, fornecedores e associados). Exige-se ainda a análise de riscos interna e a *due diligence* de terceiros, a adoção de controles internos, treinamentos de integridade, canais de denúncia e a adoção de procedimentos internos para a prevenção e reação a problemas e irregularidades.

Essas exigências são detalhadas e especificadas nas diretrizes apontadas pelo manual da Corregedoria Geral da União – CGU, o qual desenvolve os aspectos centrais do que o órgão considera necessário à configuração do programa de integridade. Conforme o manual, é essencial que seja elaborado um código de conduta e implantada uma política de comunicação permanente, a partir dos quais será estabelecido também um sistema de recrutamento de funcionários e negócios fundado na ética. Importante ainda instituir um comitê de ética e criar sistemas internos de controle[19]. Destaca-se que:

> Por controle interno entende-se o conjunto de ações, métodos, procedimentos e rotinas que uma organização exerce sobre seus próprios atos, a fim de preservar a integridade de seu patrimônio e examinar a compatibilidade entre as operações desenvolvidas, os parâmetros preestabelecidos e os princípios e metas pactuados. Seu objetivo é, pois, reduzir a vulnerabilidade da organização aos riscos existentes, buscando identificar e corrigir eventuais desvios em relação a parâmetros e diretrizes, incluindo contábeis e financeiros, previamente estabelecidos[20].

---

[18] BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. "Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências."

[19] A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção. Organizado pela Controladoria Geral da União, Instituto ETHOS de empresas e responsabilidade social. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-respsocialempresas_baixa.pdf>. Acessado em: 23/08/2016, p. 33.

[20] A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção. Organizado pela Controladoria Geral da União, Instituto ETHOS de empresas e responsabilidade social. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-respsocialempresas_baixa.pdf>. Acessado em: 23/08/2016, p. 39.

Interessante evidenciar que os sistemas de *compliance* abarcam uma esfera de poder em sua forma negativa, na medida em que incluem a promoção de medidas corretivas internas dentre suas políticas. Trata-se de estimular a própria sociedade empresarial a deter e penalizar as práticas criminais, sem que seja necessário utilizar o sistema penal para tanto, ou seja, sem que sejam necessários a devida apuração e o trânsito em julgado de sentenças penais condenatórias para que se penalize o indivíduo. Nesse sentido:

> Esses programas devem ser primordialmente de caráter preventivo, ou seja, devem evitar a ocorrência de práticas antiéticas ou corruptas. Também devem prever medidas corretivas em caso de comportamentos no ambiente organizacional que violem seus princípios. Para isso, torna-se indispensável o trabalho de conscientização, orientação e capacitação para a tomada de decisões e de atitudes éticas e íntegras[21].

Inflam-se deveres especiais consubstanciado pelo paradigma da sociedade do controle[22] conferindo ampla margem a uma indevida ingerência estatal sobre negócios normais ou cotidianos. Torna-se comum a vinculação de empresários a programas de integridade extremamente amplos, os quais abarcam inúmeros deveres especiais até mesmo sobre a esfera de terceiros. A título de exemplo a imposição de *due diligence* e auditorias sobre parceiros e colaboradores. Socializam-se não apenas riscos, mas também responsabilidades de fiscalização e apuração, até então detidas exclusivamente pelo Estado.

Embora esse fenômeno seja objeto de diversos estudos na dogmática penal, não se encontram ainda trabalhos que confrontem essa nova abordagem penal de autorregulação regulada ao princípio da presunção da inocência. A questão que se verifica aqui é, a partir de uma política excessivamente gerencialista, a imposição aos particulares a adoção de medidas que antecipam um juízo de culpa para que possam ser considerados idôneos e evitem a responsabilização pessoal pela conduta de terceiros.

Assim, o problema em impor às empresas e seus gestores a adoção de sistemas de medidas preventivas e disciplinares está em incentivar por parte dos cidadãos um comportamento diametralmente oposto a face da presunção da

---

[21] A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção. Organizado pela Controladoria Geral da União, Instituto ETHOS de empresas e responsabilidade social. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-respsocialempresas_baixa.pdf>. Acessado em: 23/08/2016, p. 31.

[22] GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 167-206.

inocência como regra de tratamento. Em um Estado Democrático de Direito, parece problemático o incentivo oficial a essas práticas, delegando o dever do Estado de investigar e punir indivíduos de modo a antecipar as consequências de um juízo de culpabilidade sobre o indivíduo.

3.1 DEVERES DE *DUE DILIGENCE* E A SOCIALIZAÇÃO DE RISCOS NEGOCIAIS

Dentre os requisitos exigidos pelo Estado para a validação de programas de integridade, interessante par ao propósito do presente trabalho o estudo dos deveres de *due diligence*. Por meio desses deveres, impõe-se a eficácia do compliance de uma empresa à esfera jurídica de terceiros, estabelecendo-se um processo de contratação pautado na supervisão dos parceiros de negócios, verificando se pairam sobre os parceiros e colaboradores procedimentos criminais.

Para firmar suas relações econômicas de mercancia, as empresas precisam levar em conta o *status* das parceiras na seara criminal, sua idoneidade fiscal e a qualidade de sua organização, deixando de contratar ou impondo sanções quando identificadas irregularidades em sua estrutura. Assim, no sentido de estender a dimensão do programa de integridade para terceiros, comum inserir nos contratos realizados pelos agentes em seus negócios acerca do compromisso para com o seu *compliance*, com previsão de resilição do contrato em caso de atuação criminosa dos parceiros. Em alguns casos, exige-se mesmo a realização de auditoria sobre os livros e registros do parceiro.

Vale observar que essa não é uma exigência meramente nacional, mas integra os novos padrões exigidos no cenário global. Nesse sentido, relevantes as Regras de Conduta para o Combate da Extorsão e da Propina, editadas pela Câmara de Comércio Internacional – CCI, estabelecendo os termos para um *compliance* comercial que faça frente aos problemas da criminalidade econômica. Essas regras estipulam deveres entre as partes, auditorias prévias aos contratos, e mesmo a remediação de problemas com a suspensão ou terminação preventiva do contrato[23].

Embora possam ser de alguma forma eficazes no enfrentamento à criminalidade econômica, essas medidas colocam sobre os particulares o ônus de fiscalização e penalização de indivíduos e empresas antes mesmo do trânsito

[23] MANACORDA, Stefano. Towards an Anti-bribery compliance model: methods and strategies for a "Hybrid Normativity". *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco;

em julgado, sob pena de terem suas empresas tratadas com um maior rigor e de serem pessoalmente responsabilizados no âmbito criminal por falhas de organização. O ideal democrático liberal seria melhor concretizado pela atuação positiva do Estado, no sentido de, em lugar de delegar a terceiros que deixem de negociar com empresas que parecem inidôneas, adotem-se medidas oficiais sobre essas empresas, seja impedindo a continuidade dos negócios injustos ou mesmo impondo o seu fechamento. Assim, o risco não é atribuído aos particulares, aos quais se fornece maior segurança jurídica em suas negociações.

A partir dos argumentos desenvolvidos nesse ponto, passa-se à análise do primeiro caso problema apresentado na introdução do trabalho. No caso proposto, o setor de auditorias de Y identificou em *due diligence* sobre a cadeia de fornecedores que engenheiros sócios da empresa X estão sendo processados criminalmente. A completa proteção e efetivação do compliance da Empresa Y exige que seus gestores deixem de contratar os serviços de X em função dos processos enfrentados por seus membros. Assim, o Estado impõe a particulares que, para a sua salvaguarda, atuem restringindo a plena liberdade de outros comerciantes que não foram condenados criminalmente com sentença transitada em julgado, mas pelo simples fato de serem réus em processos criminais.

3.3 MEDIDAS DISCIPLINARES E EXCLUSÃO

Da mesma forma, exige-se a célere adoção de medidas disciplinares como forma de solução e repressão à falha identificada na organização da empresa, para que os gestores assegurem a distância entre suas posições e os delitos. Isso porque tem sido comum a responsabilização de gestores pela sua simples posição de garantidores em face de falhas de organização, verdadeiro desvio da imputação objetiva que deveria se basear em critérios de efetiva assunção de responsabilidades, conhecimento anterior dos fatos dentre outros fatores. Assim, os gestores se veem diante do risco de que sua opção por um caminho de cautela na análise de denúncias internas antes da adoção de medidas seja tratada como conivência ou como a omissão diante de defeitos de organização.

Assim, identificadas irregularidades, seja por meio de denúncias aos canais internos da empresa, procedimentos investigativos internos ou mesmo a partir da repercussão midiática da conduta de funcionários da empresa, a segurança jurídico-penal do ponto de vista dos gestores corporativos demanda

FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 17.

a adoção célere de medidas sobre os responsáveis imediatos pelo setor. Diante das chamadas "*red flags*", a segurança do empresário estaria na antecipação de medidas contra seus funcionários[24], conduzindo investigações internas que não se amparam nas mesmas garantias de um procedimento criminal formal[25].

A adoção dessas medidas, contudo, ocorre em clara antecipação de um juízo de culpa sobre indivíduos que posteriormente podem ser absolvidos ou sequer ter contra si um processo instaurado. Indivíduos que possivelmente não eram de fato responsáveis por determinada falha ou problema, mas, para assegurar a segurança da empresa e dos gestores, devem ser penalizados.

Sob essa perspectiva, pode-se então ser analisado o segundo caso problema apresentado na introdução, no qual os gestores de uma Empresa A recebem uma notificação extrajudicial por vizinhos apontando irregularidades no transporte de dejetos em um rio, tomando conhecimento do descumprimento de suas normas internas pelos funcionários responsáveis pelo transporte e despejo resíduos das operações. Especialmente em razão do fato de os injustos cometidos pelos funcionários serem lucrativos para a Empresa, a segurança jurídica dos gestores da empresa perpassaria pela terminação do contrato desses funcionários, demonstrando a celeridade em corrigir as falhas na empresa e o compromisso com a ordem normativa pátria. Possivelmente, o próprio afastamento do Engenheiro responsável pela contratação se mostraria uma medida prudente de reafirmação da integridade da empresa e dos gestores, ainda que lhe fossem desconhecidas as irregularidades.

O risco em não adotar essas medidas está na descaracterização da eficácia do programa de integridade da empresa, que nada fez em face do recebimento de denúncias em seus canais. Comum ainda que se construam teses imputando aos gestores a conduta omissiva por falha organizacional pelo simples fato de ocuparem a posição de garantidores na empresa[26]. Esses indivíduos sofrem as consequências de sua culpabilidade sem sequer ter havido a instauração de

---

[24] MANTOVANI, Massimo. The private sector role in the fight against corruption. *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 36-37.

[25] NIETO MARTÍN, Adán. Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process. *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 73.

[26] Pode-se mesmo dizer que em diversos casos é estabelecida uma abordagem *top down* por ricochete às avessas. Não é a pessoa jurídica que é responsabilizada por ricochete em função

qualquer procedimento criminal investigativo, sendo tratados como se condenados fossem.

Exemplo marcante se verifica na decisão constante da Ação Penal de nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR[27], no âmbito da Operação Lava Jato. Identificou-se o envolvimento de diversos diretores de uma companhia do ramo da construção civil em esquemas de corrupção. Entretanto, a responsabilização foi estendida a um dos diretores, condenado a nove anos e seis meses de reclusão pelos delitos de corrupção ativa e organização criminosa por omissão imprópria, a título de autoria, fundamentada na falha de organização, sem que ele houvesse contribuído de forma relevante – seja de forma ativa ou omissiva – ou realizado qualquer aporte para os fatos descritos. Assim, a condenação se fundamentou "na ausência de qualquer providência efetiva" por parte do diretor e Presidente do conselho de administração da empresa mesmo após "o surgimento das primeiras notícias públicas do envolvimento" da empresa nos delitos.

A adoção de medidas céleres apresentou papel central também na decisão proferida pelo Juiz Jed Rakoff da Corte Federal de Nova York. O caso teve grande repercussão por se debruçar também sobre fatos discutidos no âmbito da Operação Lava Jato. Nesse caso, a atuação rápida dos responsáveis de empresa de auditoria financeira na identificação de problemas em operações da contratante após a publicação midiática de irregularidades levou ao afastamento da responsabilização da auditora. Entendeu-se que a agilidade em tomar as medidas apropriadas, em lugar de ignorar os sinais de fraude, indicariam que a empresa não possuía conhecimento dos delitos cometidos no âmbito da contratante[28].

Decisões como essa tem levado gestores a uma atuação rigorosa como forma de garantirem sua segurança, evitando que sua cautela nos procedimentos internos investigativos possa ser interpretada a seu desfavor. O problema dessa abordagem do Estado, está em proporcionar no ambiente corporativo uma dicotomia entre os gestores corporativos e funcionários, que em última

das condutas de seus gestores, mas os próprios gestores são responsabilizados por supostas falhas organizacionais na empresa, resultado da não adoção de medidas de integridade.

[27] BRASIL. Seção judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. Juiz federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 20 de julho de 2015.

[28] United States District Court for the Southem District of New York, *In re* Petrobras Securities Litigation, Case number 14-cv-09662 (JSR), U.S. District Judge Jed S. Rakoff.

análise reduz a própria eficácia do compliance. Conforme Imme Roxin, a efetividade do *compliance* depende da criação de uma cultura empresarial que leva em conta os interesses dos empregados, somente assim mantém-se o vínculo de fidelidade ao direito e compromisso com a política interna da empresa[29]. Do contrário, em lugar de um sentimento de pertencimento e comprometimento, resta apenas o temor no ambiente de trabalho.

Mais do que isso, torna ao particular, gestor empresarial, insuportável o cumprimento do princípio da presunção da inocência em sua dimensão extraprocessual de tratamento. Ao mesmo tempo em que a Constituição prevê a presunção da inocência, o Estado reiteradamente onera os particulares pelo seu cumprimento. Assim, restam os gestores corporativos obrigados a aplicarem a seus funcionários um tratamento fundamentado em uma antecipação de culpa, muitas vezes em resposta à abordagem midiática sobre condutas ainda em apuração. Embora a adoção desse tipo de medidas como política da empresa não represente uma conduta errônea por parte dos gestores, o seu estímulo por parte do Estado-poder caminha na contramão da consolidação de garantias. A situação é especialmente grave quando se identifica uma possibilidade de se sancionarem as empresas e os gestores que não adotem tais medidas. As novas tendências de adoção de um paradigma de autorregulação regulada acabam por lançar esses indivíduos em zonas cinzentas, juridicamente inseguras para a sua atuação, sob o risco de serem responsabilizados por optarem por aplicar um tratamento que respeite a presunção da inocência de seus funcionários.

Em face a esses apontamentos, buscando uma solução em face dos desvios indicados, pode ser adotada uma estratégia de previsão expressa e escalonada de medidas reativas diante da identificação de falhas internas na empresa, desde a simples advertência até a suspensão, antes da extinção do vínculo contratual pela demissão. Previsão essa que deve constar de forma objetiva e segura. Além disso, podem ser dispostos de forma segura anistias e benefícios assegurados aos empregados para que prestem declarações, confissões e outras formas de auxílio às investigações internas. Dessa forma, privilegia-se a identificação de falhas no sistema, ao mesmo tempo em que se proporciona ao indivíduo a oportunidade de se adequar às normas de conformidade sem a perda de seu emprego.

---

[29] ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas. Trad. Par. Augusto Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, n. 114, v. 23, 2015, p. 321-339, p. 329.

Observe-se que tais medidas de forma alguma esvaziam as críticas ao desvio da práxis judicial em onerar o particular com o peso de uma adoção de medidas rigorosas sem a devida cautela e o tempo para esclarecimento dos fatos. Apenas é uma forma estratégica de conferir segurança ao gestor, ao mesmo tempo em que busca propiciar um melhor ambiente de integração, comprometimento e segurança em todos os níveis da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência global pela adoção do paradigma da autorregulação regulada está se consolidando amplamente e não parece passageira. Entretanto, sua construção deve se desenvolver sob a constante crítica dogmática e jurisprudencial, para que se conforme ao quadro democrático e constitucional de garantias. O presente trabalho buscou lançar luz sobre alguns aspectos controversos dessas mudanças, em especial em face do princípio da presunção da inocência como regra de tratamento.

Assim, embora a adesão a programas de integridade e seus requisitos não sejam uma imposição direta do Estado, sendo elaborados pelas próprias empresas de forma voluntária[30], a não adoção dessas medidas possui graves consequências para a empresa a nível nacional e internacional, incidentes sobre as possibilidades de contratação pela administração pública, bem como pelas relações privadas submetidas a *due diligence* das empresas parceiras. Além disso, implica ainda em sérios riscos aos gestores corporativos, aos quais busca-se atribuir a responsabilidade por eventuais falhas organizacionais sob o argumento de que a opção por não adotar em suas empresas sistemas de *compliance* representaria uma falha digna de punição criminal. Essa socialização de riscos pelo Estado, associada a uma crescente ampliação dos deveres objetivos de cuidado, impõe dos gestores corporativos a instauração de investigações internas empresariais e a consequente adoção de medidas preventivas e reativas de antecipação da culpa penal.

O potencial da implantação de programas de integridade para a conformação de um novo paradigma de transparência e conformidade empresarial é notável. Mas deve-se ter em mente que as investigações internas, embora relevantes instrumentos para a efetividade dos sistemas de *compliance*, podem

[30] MANACORDA, Stefano. Towards an Anti-bribery compliance model: methods and strategies for a "Hybrid Normativity". *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 18.

afetar direitos e garantias individuais a depender da forma como se desenvolvam. A ausência de regulamentação em torno dessas investigações e da consequente aplicação de sanções, aliada à pressão e aos riscos impostos aos gestores, poderiam levar a um rigor e excesso. Assim, como visto, busca por segurança jurídica dos gestores corporativos eventualmente levariam a uma indesejada antecipação das consequências da condenação sobre o inocente, questão que ainda não chama atenção dos juristas.

Em um contexto democrático, a política-criminal deve ser modulada e adequada sob uma orientação constitucional, atenta aos princípios liberais assegurados aos cidadãos. Nesse sentido, a busca por um novo paradigma empresarial de transparência e conformidade deve se desenvolver atenta a tais preceitos estruturantes do Estado, conferindo maior segurança jurídica aos gestores empresariais com uma melhor regulamentação em torno das investigações internas empresariais e as medidas disciplinares exigidas. Por hora, a insegurança causada pelos novos deveres de incorporação de políticas de integridade parece apontar para um estímulo estatal a um atropelamento da presunção da inocência como regra de tratamento, caminhando na contramão da efetivação de garantias e da democraticidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção. Organizado pela Controladoria Geral da União, Instituto ETHOS de empresas e responsabilidade social. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acessado em: 23/08/2016.

An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide. Organizado por: Nações Unidas. Nova York: 2013. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf>. Acessado em: 23/08/2016.

BAER, Miriam Hechler. *Governing Corporate Compliance*. Boston College Law Review, v.50, n.4, issue 4, setembro de 2009, p. 949-1019.

BECK, Ulrich. *Risk Society:* towards a new modernity. Trad. Mark Ritter. Londres: Sage Publications Ltda., 1992.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance*: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CENTONZE, Francesco. Public-private partnerships and agency problems: the use of incentives in strategies to combat corruption. *In*: MANACORDA, Stefano;

CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 43-68.

CHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? *RIL*. Brasília, a. 53, nº 211, jul./set. 2016, p. 273-299.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *CIIDPE*, Parte Especial del Derecho Penal Economico, out. 2014. Disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar/?p=322>. Acessado em: 06/06/2017.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005.

FREITAS, Pedro Aguiar de. A lei anticorrupção e as empresas: compliance e modulação de sanções. *Revista do Advogado*, p. 97-106.

GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GIAVAZZI, Stefania; COTTONE, Francesca; DE ROSA, Michele. The ABC Program: an anty-bribery compliance program recommended to corporations operating in multinational environment. *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 125-177.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). *Processo em geral I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 251-264.

Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance. *In*: OECD Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Annex II. (18 Fev. 2010). Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/5/51/44884389.pdf>. Acessado em: 28/12/2016.

GRUPO DE TRABALHO DO PACTO EMPRESRIAL PELA INTEGRIDADE CONTRA A CORRUPÇÃO. *A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção*. Desenvolvido pelo Instituto ETHOS de empresas e responsabilidade social, Controladoria Geral da União. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acessado em: 23/08/2016.

LAGER, James M. *Overcoming Cultures of Compliance to Reduce Corruption and Achieve Ethics in Govenment*. McGeorge Law Review, v. 41, 2009, p. 63-83.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

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

MANACORDA, Stefano. Towards an Anti-bribery compliance model: methods and strategies for a "Hybrid Normativity". *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 03-30.

MANTOVANI, Massimo. The private sector role in the fight against corruption. *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 35-42.

MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. Princípios fundamentais de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona: Editorial Aranzadim, 1999.

NIETO MARTÍN, Adán. Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process. *In*: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). *Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model*. Milan: Springer, 2014, p. 69-92.

NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *Revista para el análisis del derecho – InDret*, Madrid, n. 1, 2016.

PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao processo penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

Principles of Federal Prosecution of Business Organizations. United States Attorneys Manual, Title 9, Ch. 9-28.000. Disponível em: <http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrm.htm>. Acessado em: 28/12/2016.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas. Trad. par. Augusto Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, n. 114, v. 23, 2015, p. 321-339.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. par. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SPAHN, Elizabeth K. *Multijurisdictional Anti-Bribery Enforcement:* The OECD Anti-Bribery Convention. Virginia Journal of International Law 1, v. 53, 2012.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business*: A Practical Guide. Desenvolvido pela Organização das Nações Unidas. Nova York: 2013. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf>. Acessado em: 23/08/2016.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PENAL: A SANÇÃO POR FALTA GRAVE ENQUANTO IMPEDITIVO DE INDULTO/COMUTAÇÃO

Paulo Henrique Drummond Monteiro[1]

INTRODUÇÃO

O modelo jurisdicional de execução penal consagrado pela Lei nº 7.210/1984 afastou a possibilidade de se compreender, como outrora, a execução penal como mera atividade administrativa, ainda que para alguns a execução penal possa ter natureza jurídica mista.[2]

---

[1] Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UFMG. Membro da Comissão de Execução Penal do CONDEGE – Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais.

[2] Nesse ponto convém transcrever trecho da exposição de motivos da Lei de Execuções Penais, que demonstra o intuito de jurisdicionalizar a execução da pena: "92. A orientação estabelecida pelo projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal. Já em 1893, no Congresso promovido pela recém-fundada União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que como os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum – valendo a condenação, principalmente, pelo seu modo de execução – o divisionismo consumado pelo Direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como "irracional e danoso". O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antever a figura do juiz de execução, surgido na Itália em 1930 e em França após 1945." Na defesa da natureza jurídica mista do processo de execução penal ver MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal.* 9. ed. São Paulo: atlas, 2000. Ou ainda, GRINOVER, Ada Pellegrini. *A natureza jurídica da execução penal. In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). Execução penal. São Paulo: Max Limonad, 1987. Também nesse sentido, SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual de Execução Penal.* 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. Ou, ainda, NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5-6.

As atividades de caráter administrativo levadas a efeito no curso da execução penal não afastam a sua natureza jurisdicional, assim como atividades de cunho administrativo não desnaturam a natureza jurisdicional do processo de conhecimento.

Conforme destaca Rodrigo Roig,

> enxergar a execução penal como atividade de natureza jurisdicional significa em primeiro lugar assumir que não pode haver prevalência do interesse estatal sobre o individual, mas polos distintos de interesse (Estado e indivíduo), cada qual refletindo suas próprias pretensões (retributivo-preventiva e libertária, respectivamente). Em segundo lugar, significa reconhecer que todos os atos executivos, mesmo aqueles administrativos de origem, sempre serão sindicáveis pela Jurisdição (ato de justiça formal e substancial, não de administração).[3]

Neste trabalho, parte-se da premissa inicial de que o sistema de execução penal consagrado em 1984 tem natureza eminentemente jurisdicional, ainda que venha a ser permeado por periféricas atividades administrativas.[4]

A Lei nº 7.210/1984 consagrou no art. 2º a inafastabilidade da jurisdição em sede de execução penal (art. 5º, XXXV, da CR/88) e fixou verdadeiro regime jurídico-processual com garantias e deveres processuais a todos os atores.

Sob uma leitura Constitucional da Lei de Execução Penal, a forma processual também deve ser entendida no cumprimento da pena como garantia contra o arbítrio estatal, sendo aplicável ao processo de execução penal todas as garantias constitucionais limitadoras do exercício do poder de penar.[5]

Conforme pondera Aury Lopes Jr.,

> a instrumentalidade do processo penal está orientada por um núcleo duro de garantias (princípios), a seguir desenvolvidos, que deverão nortear todo o processo penal (tanto o de conhecimento como de execução). Não há

---

[3] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal. Teoria Crítica.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 118.

[4] Sobre a natureza eminentemente jurisdicional da execução penal ver: SILVA, José Adaumir Arruda da; NETO, Arthur Corrêa da Silva. *Execução Penal.* Novos Rumos, novos paradigmas. 2ª tiragem. Manaus: Aufiero, 2012. Ou ainda ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal. Teoria Crítica.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; ou ainda, CARVALO, Salo. Pena e garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[5] LOPES JR, Aury. *Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista*. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

> fundamento legal que justifique abandonar tais garantias num momento tão crítico como esse [a execução][6].

Citando Carnelutti, ainda destaca Aury Lopes Jr.:

> Existe, sem dúvida, o que Carnelutti define como *reviviscencia del processo de cognición durante la ejecución penal*, isto é, ainda que no curso de um processo de execução, existem situações incidentes que levam necessariamente a uma atividade cognoscitiva e, posteriormente, decisória. Tudo isso dentro do processo de execução. Uma espécie de contaminação na jurisdição executiva por parte da jurisdição decisória. É exatamente nesses momentos que temos os incidentes da execução, que exigem a intervenção dos princípios a seguir explicados (...).[7] (Grifos nossos)

Uma dessas garantias é a presunção de inocência. Como explica Ferrajoli, a presunção de inocência é decorrência do princípio da jurisdicionalidade, pois, "se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena".[8]

A presunção de inocência – esculpida no art. 5º, LVII, da Constituição da República, bem como no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 10, item 2, "a"); no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º); no conjunto de princípios da ONU para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão (princípios 8 e 36) – deve ter ampla aplicação às pessoas definitivamente condenadas, em que pese isso possa à primeira vista soar contraditório.

O presente trabalho visa analisar a incidência do princípio da presunção de inocência no âmbito do processo de execução penal, sobretudo no que se refere ao sistema disciplinar e em suas consequências na restrição de direitos da pessoa presa.

Dentre tais consequências, selecionou-se a análise do requisito subjetivo para o indulto e para comutação, que deve também ser permeada pela mencionada garantia, na esteira de um processo de execução penal dialético e democrático.

---

[6] LOPES JR, Aury. Op cit., p. 379.

[7] LOPES JR, Aury. Op cit., p. 380.

[8] LOPES JR, Aury. Op. cit., p. 384.

1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PENAL

1.1 O princípio da presunção de inocência – escorço histórico-teórico

A presunção de inocência tem origem remota no Direito Romano, porém no curso da Idade Média foi severamente atacada. De modo que apenas na modernidade a presunção de inocência foi definitivamente consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No início do século XX, o princípio voltou a ser atacado na Europa pelos movimentos fascistas, tendo Manzini chegado a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpa. Entendia-se não haver justificação para a proteção e a presunção de inocência, uma vez que a maior parte dos imputados era considerada culpada ao final do processo.[9]

Após a Segunda Guerra Mundial e a internacionalização dos direitos fundamentais, a presunção de inocência restou consagrada nos diversos diplomas citados no ponto anterior.

A presunção de inocência ou, estado de inocência, segundo Mercedes Fernandes Lopez, encontra quatro formas de expressão no processo penal: trata-se de *um princípio informador*, uma *regra de tratamento*, uma *regra probatória* e uma *regra de julgamento*:

> En primer lugar, la presunción de inocencia actúa como critério o principio informador del proceso penal de corte liberal, como el español; en segundo lugar, determina el tratamento que debe recibir el imputado durante el procedimento; em tercer lugar, la presunción de inocencia constituye uma importante regla com efectos em el ámbito de la prueba y, desde este último punto de vista, si bien se suele estudiar conjuntamente, la presunción de inocecia desempeña dos importante funciones que serán analizadas de forma separada: por um lado, exige la presencia de ciertos requisits en la actividad probatoria para que ésta pueda servir de base a uma sentencia condenatória (función de regla probatoria) y, por otro lado, actúa como critério decisório em los casos de incertidumbre acerca de la quaestio facti (función de regla de juicio). Portanto, la presunción de inocencia actúa enel processo penal como principio (informando cada uma de sus fases) y como derecho subjetivo del imputado (como regla de tratamento, regla probatoria y regla de juicio).[10]

---

[9] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95.

[10] LOPEZ, Mercedes Férnandez. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, p. 118.

Na doutrina nacional, não restam grandes questionamentos quanto à existência de uma *regra de tratamento* e de um *direito subjetivo de tratamento* decorrente do estado de inocência, para além da regra processual referente ao ônus probatório exclusivo da acusação.[11]

No direito comparado, o Tribunal Constitucional da Espanha consolidou sua jurisprudência no sentido de que o conteúdo essencial do direito fundamental à presunção de inocência radica-se na *situação jurídica de um indivíduo* "até o momento em que uma sentença, pronunciada por um tribunal legal e independente no âmbito de um processo no qual se conservam todas as garantias constitucionais, condena o processado em relação a um ou vários delitos concretos".[12]

Isto é, antes do trânsito em julgado ninguém, quer seja no âmbito do Poder Público, quer seja no seio da sociedade civil, poderá tratar o acusado como se criminoso fosse.

Antônio Magalhães Gomes Filho dá exemplos sobre a imposição pela presunção de inocência de um dever de tratamento respeitoso ao inocente:

> Sob outro aspecto, o princípio da presunção de inocência, visto como garantia do *status* do cidadão impõe às autoridades e ao pessoal administrativo em geral, que intervêm nas atividades processuais, o que não se revela apenas no plano formal e abstrato, mas sobretudo nas pequenas práticas em que seja possível sua assimilação com a condição de culpado; assim, o uso de algemas deve ser restrito aos casos de absoluta necessidade, do mesmo modo que certas praxes, como a de realizar o interrogatório com o réu em pé, merecem ser revistas em face da regra constitucional.[13] (Grifo nosso)

Não consiste, portanto, a presunção de inocência, em mera regra probatória. Revela também um direito e um dever *de tratamento***,** derivados de uma norma impositiva aos órgãos do Estado e a toda a sociedade.

Ao examinar o estado de inocência como regra de tratamento, Simone Schreiber destaca:

> Mas o princípio da inocência não se aplica exclusivamente no campo probatório, o *in dubio pro reo* é apenas uma de suas repercussões. A *norma*

---

[11] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

[12] PÉREZ-PEDRO, Enrique Belda. La presunción de inocencia. *Parlamento y Constitución*. Anuario, nº 5, 2001, p. 180. *Apud* ADI 4.578/DF – voto Min. Dias Toffoli.

[13] FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45.

> *constitucional estudada impõe que seja dispensado tanto ao investigado quanto ao réu tratamento compatível com seu estado de inocente***.** A condição de investigado e de réu em processo criminal já traz, por si, indiscutível constrangimento.[14] (Grifos nossos)

Ainda sobre a natureza do princípio do Estado de Inocência, o texto da Regra 111.1 das *Regras Mínimas da ONU para o tratamento de reclusos* não deixa dúvidas de que não se trata de mera norma probatória, mas também de verdadeiro dever de tratamento pelos poderes públicos:

> Regra 111 1. Indivíduos presos ou detidos sob acusação criminal que estejam sob custódia policial ou prisional, mas que aguardem julgamento e sentença, *devem ser tratados* como 'presos não julgados' doravante nestas Regras. 2. Presos não condenados têm presunção de inocência e devem ser tratados como inocentes. 3. Sem prejuízo das previsões legais para a proteção da liberdade individual ou do procedimento a ser observado com relação a presos não julgados, estes presos devem ser beneficiados com um regime especial descrito nas Regras a seguir somente em seus requisitos essenciais**.** (Grifos nossos)

Conforme destaca Mercedes Fernandes Lopez, a presunção de inocência impede a aplicação de medidas judiciais que impliquem uma equiparação de fato entre o imputado e o culpado e, portanto, qualquer tipo de resolução judicial que suponha uma antecipação da pena.[15]

O dever de tratamento da presunção de inocência afasta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador antes do juízo definitivo, mantendo o *status* de inocente em todas as esferas, processuais ou extraprocessuais.

O dever geral de tratamento do acusado como inocente – e o direito subjetivo correspectivo – consiste, segundo Miguel Angel Montañes Pardo, na primeira e principal diferença entre o princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*:

> La primera y principal diferencia radica en que la presunción de inocencia es un derecho fundamental consagrado em el artículo 24.2 CF, que vincula a todos los poders públicos y que es de aplicación inmediata, mientras que el principio del in dubio pro reo es una simple, aunque muy importante, regla interpretativa dirigida exclusivamente a los juzgadores em orden a la

---

[14] SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193.

[15] LOPEZ, Mercedes Férnandez. *Prueba y presunción de inocencia.* Madrid: Iustel, 2005, p. 123.

> valoración de la prueba. No outra cosa es lo que afirma la tantas veces citada STC 31/1981, luego reiterada em otras muchas posteriores, al señalar que 'una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia há dejado de ser um principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial ('in dubio pro reo') para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata.[16]

Essa regra de tratamento da presunção de inocência possui, portanto, uma dimensão processual e outra extraprocessual. [17]

Na *dimensão processual* discute-se a compatibilidade das medidas restritivas da liberdade de caráter provisório e cautelar com o estado de inocência.

Já *na dimensão extraprocessual*, as situações em que se encontra aplicação da regra de tratamento são, segundo Jordi Ferrer Beltrán, de dois tipos: aquelas que se referem ao poder sancionador do Estado – como, por exemplo, o procedimento administrativo sancionador – e aquelas referentes às relações entre particulares.[18]

Em relação a estas últimas, as discussões doutrinárias circundam o tratamento jornalístico e midiático dos processos criminais à luz da presunção de inocência.[19]

Já no que se refere ao poder sancionador do Estado, a regra de tratamento afasta a possibilidade de efeitos em outros processos, sejam criminais, civis ou administrativos antes da condenação penal definitiva.

É com fundamento nesse dever de tratamento extraprocessual, revelador de uma verdadeira *situação de inocência* que se sustenta também a aplicação do princípio da presunção de inocência em todos os incidentes da execução penal, não só quanto aos fatos supervenientes ao cumprimento de pena, como também quanto aos fatos estranhos a ela, mas que possam vir a influenciá-la.

Com efeito, a regra de tratamento da presunção de inocência, em sua dimensão extraprocessual, impede a aplicação de sanções e efeitos na execução

---

[16] PARDO, Miguel Angel Montañes. *La presunción de Inocencia*. Análisis Doctinal y Jurisprudencial. Pamplona: Editorial Aranzardi, 1999, p. 46.

[17] BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. In*: MARTÍ MARMOL, Josep Lluís; MORESO, Josep Joan (orgs.). *Contribuiciones a la filosofia del derecho.* Madrid: Marcial Pons, 2012. Tradução de Janaína Matida.

[18] BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. cit., p. 154.

[19] Sobre o tema ver SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

penal decorrentes da mera existência de outros processos criminais, ou ainda da apuração de fatos incidentes à execução ainda não decididos definitivamente.

É essa dimensão de tratamento que sustenta a aplicação do princípio da presunção de inocência, em todos os incidentes da execução penal, inclusive na análise do requisito subjetivo do indulto e da comutação, quanto aos fatos ocorridos no curso do cumprimento da pena ou quanto aos fatos externos a ela, apurados em outros processos ou em outros incidentes, conforme analisaremos a seguir.

1.2 O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL ENQUANTO MOMENTO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Partindo-se da premissa de que a execução penal é uma atividade jurisdicional, impõe-se a compreensão de que se está diante de verdadeiro *processo* de execução penal, com relação jurídico-processual própria: de um lado se tem a pretensão executiva estatal e de outro a resistência do condenado ao excesso e desvio de execução, enquanto restrição indevida dos direitos fundamentais não alcançados pela condenação. Alheio e afastado das pretensões das partes deve se encontrar o juiz da execução.

À vista da natureza processual da execução penal, infere-se que o sentenciado não é objeto da execução penal, instrumentalizado para a tutela social das finalidades declaradas da pena (retribuição e prevenção geral e especial).

O condenado é um sujeito do processo de execução, titular de direitos subjetivos que devem ser assegurados jurisdicionalmente. Tem, portanto, o condenado o poder de exigir do Judiciário a efetiva prestação da tutela jurisdicional por meio de resistência (defesa) ao excesso e ao desvio de execução.[20]

Assim, o processo de execução penal constitucionalmente adequado também consiste em um processo dialético, exercido em contraditório e ampla defesa, sendo assegurado ao sentenciado todos os meios e recursos a ela inerentes.

Nesse sentido, não se pode prescindir na execução penal do princípio da presunção de inocência nas questões a serem decididas no curso do cumprimento da pena, porquanto se trata de princípio cuja normatividade se irradia por todo o sistema jurídico, inclusive pela execução da pena criminal.

---

[20] LOPES JR., Aury. *Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista*. Op. cit., p. 378.

Muitas são as situações no curso da execução penal que envolvem direta ou indiretamente o princípio da presunção de inocência.

A impossibilidade de se afastar o preenchimento de requisitos subjetivos de direitos da execução penal (bom comportamento) com fulcro na existência de inquéritos ou ações penais em curso é, por exemplo, uma das principais situações de aplicação do princípio na sua vertente de regra de tratamento extraprocessual.

A negação de direitos da execução radicada na existência de outros inquéritos ou processos criminais em curso consiste em evidente violação à presunção de inocência, na medida em que, *enquanto regra de tratamento*, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória no processo criminal respectivo, não pode ser o sentenciado considerado culpado ainda que fora do processo, em sede de execução penal referente ao fato diverso ou a qualquer outro processo criminal.

Se o art. 3º da Lei de Execução Penal assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, é forçosa a conclusão de que a presunção de inocência relativa aos fatos diversos daquele referido na condenação é regra constitucional que se impõe.

Assim, nenhum direito da execução penal (progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, etc.) poderá ser obstado pelo fato de o sentenciado ser investigado ou responder a outro processo, independentemente da natureza da infração penal.[21]

Pela mesma razão é inconstitucional o entendimento sufragado no Enunciado 526 da súmula do STJ, segundo o qual "o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato".

Considerando o estado de inocência como regra de tratamento extraprocessual, não se pode admitir que a suposta prática de novo crime seja considerada falta grave (art. 52, LEP), antes que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação proferida no processo criminal instaurado para sua apuração.

Isso porque antes da condenação transitada em julgado não há que se falar em crime, por força do tratamento de inocente que deve ser dispensado ao acusado em todas as esferas, inclusive fora do processo criminal.

---

[21] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Op. cit., p. 85.

Outras considerações em sede de execução penal acerca do princípio da presunção de inocência são também dignas de menção.

Vulnera também a presunção de inocência o § 2º do art. 52 da LEP que possibilita a inclusão no regime disciplinar diferenciado o "preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando".

Nessa hipótese a regra de tratamento extraprocessual da presunção de inocência impõe que o sentenciado não pode ser incluído em regime gravoso com base em meras suspeitas de envolvimento, exigindo-se sempre a decisão jurisdicional definitiva quanto ao fato.[22]

Em relação a fatos supervenientes e externos à execução, o apenado continua, portanto, protegido pelo manto constitucional da presunção de inocência, vista como garantia de situação jurídica e de tratamento.

2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O INCIDENTE DE APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR

A regra de tratamento da presunção de inocência tem também profunda aplicação no sistema disciplinar penitenciário.

Nesse ponto, inicialmente, corroboramos o posicionamento de Rodrigo Roig, para quem é preciso se criar uma verdadeira *teoria da sanção e do tipo disciplinar,* incorporando ao processo de execução todas as garantias e direitos individuais inerentes ao regime jurídico da intervenção penal, tendo em vista a natureza das consequências da sanção disciplinar no *status libertatis* do sentenciado.

Nesse sentido, destaca o autor que:

> A importância de se delimitar os parâmetros das sanções disciplinares decorre fundamentalmente do fato de que estas, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos da aplicação da própria pena. Perda de dias remidos, eventual interrupção de prazos para fruição de direitos, rebaixamento do comportamento (impossibilitando o preso de fugir dos direitos da execução penal), desclassificação do preso para o exercício de atividade laborativa, vedação de indulto ou comutação por condenação disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento de pena, todos esses fatores trazem

[22] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Op. cit., p. 85.

> graves consequências para o status *libertatis* dos indivíduos, não sendo mais admissível que esta realidade permaneça obscurecida e sua teorização alijada dos embates doutrinários e jurisprudenciais.[23] (Grifo nosso)

Por essas mesmas razões, para além de uma teoria do tipo disciplinar e da sanção disciplinar, notadamente de caráter material, é preciso também advogar a necessidade de uma verdadeira *teoria do processo disciplinar*, solidificando a ideia de que as garantias inerentes ao processo penal devem ser todas respeitadas no âmbito do incidente disciplinar, à vista da direta influência da sanção no *quantum* de liberdade do sentenciado.

Assim, diante de consequência ontologicamente muito próxima àquela própria da sanção penal, impõe-se considerar que o incidente disciplinar não consiste em procedimento meramente administrativo, mas, sim, em incidente jurisdicional de caráter penal.

Há que se fazer, portanto, uma leitura conforme a constituição dos artigos 47 e 48 da LEP, na medida em que o poder disciplinar deva ter caráter eminentemente jurisdicional. Nesse sentido, embora a Lei de Execução Penal disponha que o poder disciplinar caiba à autoridade administrativa, "em nenhuma hipótese a falta disciplinar poderia ultrapassar a esfera administrativa para produzir efeitos no campo judicial", conforme destaca Salo de Carvalho.[24]

Com efeito, a própria LEP, no art. 48, parágrafo único, dispõe que nas faltas graves a autoridade representará ao juiz da execução para fins de regressão de regime (art. 118, I), revogação da saída temporária (art. 125), revogação do tempo remido de pena (art. 127) e conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade (art. 181, § 1º).

Assim, na esteira de Rodrigo Roig, o poder disciplinar da autoridade administrativa deve ser interpretado

> apenas como aquele de fiscalizar o cumprimento das normas, instaurar sindicância para apuração da falta (nos termos dos arts. 47 e 48, parágrafo único, e 195 da LEP) e executar as punições disciplinares, não como o poder de julgar faltas disciplinares. Com efeito, todos os incidentes que possam ensejar a aplicação de sanção por falta disciplinar (sobretudo de natureza grave) deveriam ser julgados pelo juízo da execução.[25]

---

[23] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Op. cit., p. 215.

[24] CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 197.

[25] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal.* Op. cit., p. 207.

Isso posto, considerando o incidente de apuração de falta disciplinar um procedimento jurisdicional e de caráter penal, não se pode dele afastar a aplicação do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios que regem o processo penal no estado democrático de direito.

Impõe-se, nesse ponto, a adoção de um procedimento judicial rigoroso e bem definido para o julgamento das faltas disciplinares, de modo que nessa circunstância, estamos diante de importante instrumento de contenção do poder de punir do Estado em sede de execução penal.[26]

Dentre os princípios constitucionais do processo penal, a presunção de inocência tem ampla aplicação no incidente disciplinar, consistindo em verdadeira garantia em face da pretensão punitivo-disciplinar do Estado.

O sentenciado, portanto, *deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação disciplinar* proferida em procedimento que garanta o contraditório, a ampla defesa e todos os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, a aplicação da presunção de inocência no âmbito do processo disciplinar impõe tanto uma regra probatória e de julgamento, quanto uma regra de tratamento.

À luz da primeira regra, caberá ao Ministério Público da Execução Penal exclusivamente o ônus probatório da autoria, materialidade do fato. Na ausência de provas suficientes para definição da materialidade e da autoria deve o juiz absolver.

Por outro lado, as consequências práticas da aplicação da regra de tratamento do princípio da presunção de inocência no incidente de apuração de falta disciplinar também merecem menção.

Primeiramente, só será possível antecipar os efeitos da sanção disciplinar em caso de evidente necessidade cautelar e desde que haja previsão legal (dimensão processual da regra de tratamento).

Nessa esteira, só é possível aplicar em caráter antecipado o isolamento preventivo, disposto no art. 59 da LEP e desde que em caráter cautelar e preventivo.

Trata-se da única medida cautelar prevista em lei, não sendo possível, sob pena de violação da regra de tratamento do princípio da presunção de inocência, a regressão antecipada/cautelar de regime ou mesmo a suspensão cautelar de trabalho externo, saídas temporárias ou de prisão domiciliar, a interrupção

[26] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Op. cit., p. 210.

antecipada ou cautelar do prazo para progressão de regime, ou mesmo o rebaixamento antecipado do bom comportamento, uma vez que não previstas tais medidas na legislação.

Nessa esteira, o segmento jurisprudencial dominante, que admite, por exemplo, a regressão cautelar de regime, sob o argumento de que a permanência em regime menos rigoroso depende do cumprimento das condições impostas, viola frontalmente a presunção de inocência. Isso porque só se pode falar em falta grave após o reconhecimento judicial com decisão transitada em julgado proferida em processo contraditório e assegurada a ampla defesa.

Outra importante consequência da aplicação da regra de tratamento da presunção de inocência no sistema disciplinar – desta feita na sua dimensão extraprocessual – é revelada na análise dos requisitos subjetivos do indulto e da comutação, conforme veremos no próximo tópico.

3. OS DECRETOS DE INDULTO/COMUTAÇÃO E O REQUISITO SUBJETIVO-IMPEDITIVO

A interpretação dos decretos presidenciais de indulto e comutação consiste em um dos mais árduos trabalhos dos atores jurídicos no âmbito da Execução Penal.

Isso porque em se tratando de instituto derivado do poder discricionário do Presidente da República, cujo decreto é tradicionalmente expedido todos os anos em data próxima ao natal, não há tempo suficiente para consolidação doutrinária e jurisprudencial sobre os termos contidos nos decretos.

A possibilidade de modificação no texto do decreto do ano subsequente constitui fator não convidativo para a doutrina, à vista da possibilidade de o trabalho hermenêutico tornar-se rapidamente obsoleto.

Nessa medida, trabalhos científicos sobre questões pontuais dos mencionados decretos, consistem no mecanismo mais efetivo para a formação de um arcabouço teórico relevante sobre o tema.

O indulto e a comutação consistem no perdão coletivo, total ou parcial, da pena, de competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CR/88), que tem por consequência a extinção da punibilidade do agente (art. 107, II, CP), no caso do indulto, ou a redução do montante de pena, no caso da comutação.

Uma das questões mais recorrentes no Judiciário consiste na análise do requisito subjetivo do indulto e da comutação uma vez que até 2015 tal requisito foi disposto de forma praticamente idêntica nos sucessivos decretos. Além do cumprimento de determinada fração de pena, os decretos natalinos até 2015 impunham a seguinte condição para o reconhecimento do perdão:

Decreto nº 8.615/2015:

> Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente a 25 de dezembro de 2015.

Sobre a interpretação deste dispositivo vigia substanciosa controvérsia entre os juízes de primeira instância quanto à situação em que a falta grave, cometida nos doze meses contados retroativamente a 25 de dezembro, não havia ainda sido reconhecida em juízo ou somente havia sido reconhecida em data posterior a esse período.

No dia a dia da Execução Penal são recorrentes as situações em que, instado a se manifestar sobre o indulto ou a comutação concedida pelo Presidente da República, o juiz se depara com notícia de falta grave ainda não julgada ou mesmo com a situação em que a falta foi julgada e reconhecida somente após a publicação do decreto.

Nessa situação, questionava-se se era aplicável a vedação contida no dispositivo acima transcrito.

Em que pese houvesse certa divergência no Judiciário, não haveria razão para considerar que o indulto ou a comutação pudesse ser afastado nessa situação.

Os decretos de 2015 e anteriores dispunham que a declaração do indulto/comutação ficava condicionada à "aplicação de sanção", "reconhecida pelo juízo competente", "em audiência de justificação", assegurado o "contraditório e a ampla defesa", em razão da prática de falta grave cometida nos doze meses de cumprimento de pena contados retroativamente a 25 de dezembro.

A condição, portanto, não é a ocorrência da falta, mas, sim, o seu reconhecimento judicial, observado o contraditório e a ampla defesa.

Tal condição deve ser avaliada na data da publicação do decreto, uma vez que é neste momento que se adquire o direito ao perdão da pena, concedido pelo Chefe do Poder Executivo.

Caso não tenha havido o reconhecimento judicial de falta grave em audiência de justificação, garantido o contraditório e a ampla defesa até 25 de dezembro, não há impedimento ao indulto/comutação, ainda que a suposta falta tenha sido praticada nesse interregno. O direito ao perdão da pena não pode ser obstado por uma notícia de fato de suposta falta grave, sob pena de violação frontal ao princípio da presunção de inocência.

Tendo em vista a natureza jurídica da clemência presidencial, o direito subjetivo à comutação e ao indulto se adquire com a publicação do decreto concessivo. Por essa razão, é nesse momento que deve ser avaliada a presença ou não dos seus requisitos.

Nesses termos, a decisão do juiz que reconhece o indulto ou a comutação tem natureza declaratória e não constitutiva. Ela apenas declara a presença de um direito que foi concedido pelo Presidente da República na data da publicação do decreto.

Com efeito, a LEP dispõe em seu art. 192:

> Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz *declarará* extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação. (Grifo nosso).

Assim, constituindo-se o indulto ou a comutação como direito adquirido no momento de sua concessão pelo Presidente da República, as condições exigidas devem estar presentes neste mesmo momento.

Nesse sentido, ensina Rodrigo Roig:

> parece mais acertado considerar que o requisito subjetivo para concessão do indulto deve ser aferido no momento da publicação do decreto. Primeiramente em decorrência da própria natureza da decisão concessiva do indulto ou comutação, que tão somente declara o preenchimento dos requisitos previstos no decreto, extinguindo a punibilidade do apenado. Em segundo lugar porque a prática de falta disciplinar após a publicação do decreto não suspende, nem impede a concessão de indulto ou comutação, o que evidencia a publicação do decreto como momento de aferição dos requisitos. Por fim, não pode a pessoa condenada ficar indefinidamente à mercê do juízo da execução quanto ao momento em que este prolatará

> a decisão a respeito do indulto ou da comutação, sob pena de insegurança jurídica.[27]

José Arruda e Arthur Correa, na mesma linha, destaca que:

> Consoante os termos do decreto, ainda que o apenado tenha cometido falta grave no período preconizado pela norma, não tendo sido aplicada sanção e homologada pelo juiz, não pode questionar acerca da interrupção do prazo para efeito de indulto e/ou comutação.[28]

Algumas câmaras do TJMG ratificavam esse entendimento na análise dos decretos de 2015 e anteriores[29]. O STJ também havia firmado posicionamento em 2015:

> A configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos, entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado; a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso; a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado, além da revogação em até 1/3 do tempo remido. 2. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal – no caso, fuga do estabelecimento prisional **–,** *é imprescindível o reconhecimento da infração pelo juízo competente, mediante homologação de procedimento administrativo disciplinar, no prazo previsto no art. 4° do Decreto n. 7.648/2011, o que ocorreu apenas em data posterior à publicação do decreto presidencial. 3. Agravo regimental não provido.* AgRg no HC 313105/MG. Rel. Min ROGERIO SCHIETTI. Dje 01/07/2015. (Grifos nossos)

Havia quem sustentasse, porém, que os requisitos deveriam ser analisados no momento da decisão judicial sobre o indulto/comutação. Se neste momento a falta grave não tiver sido ainda homologada, deveria ser reconhecido o benefício. Mas se a falta já tiver sido homologada mesmo que depois de 25 de dezembro, o perdão presidencial restaria obstado.

Nesse sentido, o STJ firmou o entendimento em setembro de 2016:

---

[27] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 560.

[28] DA SILVA, José Adaumir Arruda; NETO, Arthur Corrêa da Silva. *Execução penal. Novos rumos, novos paradigmas*, Manaus: Aufiero, 2012, p. 322.

[29] Nesse sentido, ver Agravos em execução penal nº 1.0024.14.021568-2/001; 1.0079.12.062174-7/002, 1.0301.14.013331-7/001.

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. FALTA GRAVE HOMOLOGADA APÓS PUBLICAÇÃO DO DECRETO QUE PREVIU COMUTAÇÃO DE PENAS.
>
> O benefício da comutação de penas previsto no Decreto n. 8.172/2013 deve ser negado quando o apenado tiver praticado falta disciplinar de natureza grave nos doze meses anteriores à publicação do Decreto, mesmo que a respectiva decisão homologatória tenha sido proferida posteriormente.
>
> Inicialmente, no julgamento do REsp 1.364.192-RS (DJe 17/9/2014), em regime repetitivo, a Terceira Seção definiu que 'não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no Decreto Presidencial pelo qual foram instituídos'. (...) A Quinta Turma, interpretando de forma literal o artigo, firmou-se no sentido de que o prazo de 12 (doze) meses limita tão somente a expressão 'por falta disciplinar grave' e não todo o artigo, uma vez que a homologação não fica condicionada ao mencionado tempo. Em outras palavras, somente a falta grave está condicionada a lapso anterior ao Decreto, mas o processo administrativo para apuração e a homologação da falta podem ocorrer após a publicação do Decreto (...). EREsp 1.549.544-RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/9/2016, DJe 30/9/2016. (Grifos nossos)

Explica-se com um exemplo. Em 30 de janeiro de 2016 a defesa pediu o reconhecimento do indulto concedido em 25 de dezembro de 2015 pelo Decreto nº 8.615/2015. Há, porém, nos autos notícia de uma suposta falta, que teria sido praticada em 1º de setembro de 2015, ainda não reconhecida em juízo. Nesse caso, o juiz deveria deferir o pedido da defesa e reconhecer o indulto. No entanto, se o juízo reconheceu a falta em audiência de justificação em 15 de janeiro de 2016, por exemplo, deveria ele no dia 31 de janeiro de 2016 indeferir o pedido de indulto.

Sob essa errônea interpretação, o direito ao indulto/comutação dependeria da discricionariedade do juiz em avaliar se julgaria primeiro a falta grave ou o incidente de indulto/comutação.

Importante observar, porém, que após a expedição do decreto presidencial é impossível, sob um ponto de vista processual, que a falta seja julgada antes da análise do indulto/comutação, uma vez que este tem preferência sobre a análise de todos os incidentes da Execução Penal, *ex. VI* do art. 11, § 3º do Decreto nº 8.615/2015:

> §3º A declaração de indulto e de comutação das penas terá preferência sobre a decisão *de qualquer outro incidente* no curso da execução penal.

Como se vê, o perdão presidencial é questão prejudicial a qualquer outro incidente da Execução Penal.

Assim, expedido o Decreto em 25 de dezembro de 2015, o juiz da execução deveria analisar o cabimento do indulto ou da comutação antes de analisar o incidente de apuração de falta grave[30] ou qualquer outro incidente.

Por essa razão, eventual homologação da falta em data posterior a 25 de dezembro sem a análise precedente do indulto/comutação é inválida em razão de vício processual, não podendo impedir o reconhecimento do indulto ou da comutação que lhe são prejudiciais.

Ademais, se a pena do sentenciado foi perdoada pelo Presidente da República (indulto), qualquer incidente da execução resta prejudicado pela extinção da punibilidade. Lado outro, caso a pena do sentenciado tenha sido decotada pelo Decreto Presidencial (comutação), a análise da falta bem como todos os demais incidentes, surtirá seus efeitos somente sobre a nova pena reduzida.

Retornando ao nosso exemplo, se a suposta falta praticada em 1º de setembro de 2015 não foi apurada até 25 de dezembro de 2015, não poderá sê-lo após esta data antes de ser analisado o cabimento de indulto ou de comutação veiculado no Decreto nº 8.615/2015. Não havendo homologação, é pacífico o entendimento da inexistência de impedimento ao indulto/comutação. Se houver, esta é inválida, também não impedindo a aquisição do direito.

A adoção de entendimento contrário ao acima esposado é aceitar frontal violação do princípio da presunção de inocência, *na dimensão da regra de tratamento extraprocessual*, cuja observância foi exigida pelo Decreto Presidencial de 2015 ao conceder a clemência.

Com efeito, sob interpretação diversa, a mera notícia de suposta falta grave, ainda não processada e julgada no incidente de apuração de falta grave, importaria em uma suspensão de outro incidente processual, relativo à declaração do indulto já concedido pelo Presidente da República, sem qualquer previsão legal.

Ou seja, presumir-se-ia a culpa, suspendendo-se o incidente de declaração de indulto/comutação, ainda que o direito já tenha sido concedido pelo chefe do Executivo. Não bastasse, a suspensão se daria a despeito de ter o presidente ressalvado no Decreto que o impedimento do direito só deva ocorrer nas

[30] Nesse sentido, Min. Rogério Schietti Cruz em decisão liminar nos HCs 319.541/SC e 314.731/SC.

situações em que a falta foi devidamente reconhecida em juízo, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Imagine-se que vários meses depois da publicação do decreto, o sentenciado seja absolvido da imputação de suposta falta ou então que a falta seja considerada média. Ainda que reconhecido tardiamente o indulto, e posto em liberdade o sentenciado, o tempo de vida sob encarceramento indevido não volta mais.

O Decreto nº 8.940/2016 expedido pelo presidente Michel Temer, à vista da discussão jurisprudencial, trouxe redação diferenciada de todos os decretos anteriores, não mais exigindo a homologação judicial da falta:

> Art. 9º A declaração do indulto prevista neste Decreto fica condicionada à ausência da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à publicação deste Decreto.
>
> Parágrafo único. Caso a infração disciplinar não tenha sido submetida à apreciação do juízo de execução, a declaração do indulto deverá ser postergada até a conclusão da apuração, que deverá ocorrer em regime de urgência.

Mesmo diante da redação do decreto de 2016, deve-se observar que, em apreço à regra de tratamento da presunção de inocência, o intérprete não pode afastar a necessidade de reconhecimento judicial da suposta falta grave até a data da publicação do decreto.

Com efeito, a necessidade de reconhecimento judicial transitada em julgado da falta grave não consiste em regramento que está no âmbito da discricionariedade da Presidência da República, na edição de requisitos para o perdão presidencial.

Isso porque a regra de tratamento extraprocessual do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR/88) consiste em garantia constitucional.

Assim, se a Presidência da República prevê em seu decreto como requisito impeditivo do indulto e comutação, a ocorrência de falta grave, tal disposição pressupõe o reconhecimento judicial definitivo da falta sob o devido processo legal.

Antes do reconhecimento definitivo da falta, prevalece a situação de inocência dentro e fora do incidente de apuração de falta grave.

Sob entendimento contrário, a mera imputação de falta feita pela autoridade administrativa penitenciária e sua notícia ao Judiciário seria capaz de afastar o indulto e a comutação, violando frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Mesmo com a disposição do parágrafo único do art. 9º, a inconstitucionalidade por violação da presunção de inocência não se afasta. Isso porque o dispositivo cria uma hipótese de suspensão antecipada do indulto/comutação até o julgamento *a posteriori* da suposta falta.

A criação de uma suspensão antecipada do indulto/comutação, porém, não tem qualquer função cautelar. Com efeito, o indulto ou a comutação da pena não implica de nenhuma forma em risco à ordem pública, à conveniência da instrução do procedimento disciplinar ou mesmo à aplicação da norma disciplinar, a ponto de tornar-se necessária a suspensão cautelar.

Trata-se de um direito da execução já concedido pela Presidência da República e não uma atividade do réu que põe em risco a administração da justiça.

Relembremos, ainda, que o direito ao perdão da pena se constitui no ato da publicação do Decreto Presidencial. Já tendo sido perdoada a pena pelo indulto, sequer se pode falar em apuração de falta grave posterior, uma vez que extinta a pena executada, pendendo mera declaração judicial.

Lado outro, no caso da comutação ou de indulto de uma das penas – situações em que há continuidade de execução penal – o reconhecimento posterior de falta grave não pode surtir efeitos na parcela de pena perdoada, mas apenas na parcela de pena remanescente.

Como destaca Rodrigo Roig,

> O Decreto 8.940/2016 passou a condicionar a declaração do indulto à ausência da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à publicação do Decreto (art. 9º *caput*), acrescentando que se a infração disciplinar não tiver sido submetida à apreciação do juízo de execução, a declaração do indulto deverá ser postergada até a conclusão da apuração, que deverá ocorrer em regime de urgência (art. 9º, parágrafo único).
>
> Trata-se de mais uma inconstitucionalidade do Decreto 8.940/2016, pois o princípio da presunção de inocência não pode sucumbir diante da inércia estatal na conclusão do procedimento de apuração de faltas disciplinares. A discricionariedade do presidente da república não é absoluta, pois esta deve respeitar os demais ditames constitucionais, dentre os quais a presunção de inocência e a razoável duração do processo. Ademais, a decisão do juízo da execução é apenas declaratória do indulto nascido na publicação do decreto, não podendo o condenado ser efetivamente lesado pela ineficiência estatal.[31]

[31] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Op. cit., p. 558.

Diante da inconsistência da redação do Decreto de 2016, o Decreto Presidencial de 2017 (Decreto nº 9.246/2017) retomou em sua redação a necessidade de homologação judicial da falta grave, em processo contraditório, para o afastamento do indulto e da comutação:

> Art. 4º O indulto natalino ou a comutação não será concedido às pessoas que:
>
> I – tenham sofrido sanção, aplicada pelo juízo competente em audiência de justificação, garantido o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão da prática de infração disciplinar de natureza grave, nos doze meses anteriores à data de publicação deste Decreto;
>
> § 1º Na hipótese de a apuração da infração disciplinar não ter sido concluída e encaminhada ao juízo competente, o processo de declaração do indulto natalino ou da comutação será suspenso até a conclusão da sindicância ou do procedimento administrativo, que ocorrerá no prazo de trinta dias, sob pena de prosseguimento do processo e efetivação da declaração.

No entanto, como se pode perceber da simples leitura, o § 1º previu novamente a possibilidade de que o incidente de declaração de indulto/comutação seja suspenso.

Dispõe o decreto que caso não tenha sido concluída a apuração de falta disciplinar até a data da publicação do decreto de indulto, o incidente de declaração do indulto deverá ser suspenso até a conclusão da sindicância ou do processo administrativo no prazo de 30 dias.

Veja-se que o Decreto de 2017, em que pese tenha exigido no art. 4º, I, a homologação judicial da falta para o afastamento do indulto, possibilita que a mera imputação de fato seja óbice ao indulto/comutação em 25 de dezembro de 2017, permitindo-se o afastamento do perdão presidencial após a mera apuração administrativa posterior (art. 4º, § 1º).

Note-se que a violação à presunção de inocência, a despeito do art. 4º, I, é ainda mais ampla, pois o § 1º nega o caráter jurisdicional do incidente de falta grave, permitindo a suspensão do indulto/comutação com a simples notícia de fato e o afastamento definitivo dos benefícios pela mera apuração administrativa *a posteriori*.

Assim, quanto ao Decreto nº 9.246/2017 só é possível salvar o dispositivo mediante declaração de inconstitucionalidade do § 1º, exigindo-se o trânsito em julgado de condenação por falta grave conforme disposto no art. 4º, I, para o afastamento do indulto e da comutação.

Da mesma forma, só assim será possível salvar a disposição do provável Decreto de 2018. A proposta de decreto de indulto de 2018 enviada pelo CNPCP ao Ministério da Justiça prevê redação muito semelhante à de 2017, estabelecendo, no entanto, que a suspensão do incidente de indulto se dará até a homologação judicial *a posteriori* da falta ou com o decurso do prazo de 60 dias e não apenas a apuração administrativa.[32]

Há que se destacar que a regra de tratamento inerente ao princípio da presunção de inocência não pode ser cingida ou transigida pelos Decretos Presidenciais.

Exigindo o decreto a inexistência de falta grave nos 12 meses anteriores, não é possível interpretação diversa senão a exigência de que haja falta grave reconhecida judicialmente após o devido processo legal e com trânsito em julgado.

Isso porque as garantias constitucionais são intransigíveis, não podendo a presunção de inocência ser afastada pela discricionariedade do Presidente da República.

Assim, exigida por qualquer Decreto presidencial a inexistência de falta grave para que haja indulto, só há um caminho interpretativo, seja qual for a redação: o afastamento do indulto/comutação só é possível se houver falta grave reconhecida em juízo após o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, transitada em julgado a condenação até a data da concessão do perdão. Isso porque a regra de tratamento da presunção de inocência impõe um estado de não culpabilidade diante de meras imputações de faltas disciplinares.

CONCLUSÕES

À vista da discussão trazida no presente trabalho, sobre a aplicação da regra de tratamento da presunção de inocência no âmbito da execução penal, podemos destacar as seguintes conclusões:

[32] Art. 7º (...) Parágrafo único. Caso a infração disciplinar a que se refere o inciso I não tenha sido submetida à apreciação do juízo da execução, a declaração de indulto deverá ser postergada até a conclusão da apuração, que deverá finalizar em sessenta dias a contar da entrada em vigor deste Decreto, hipótese em que, não havendo decisão, terá seguimento o procedimento de indulto.

- Partiu-se da premissa inicial de que o sistema de execução penal consagrado em 1984 tem natureza eminentemente jurisdicional, ainda que venha a ser permeado por periféricas atividades administrativas.
- Nesse contexto, o princípio da presunção de inocência, enquanto princípio informador do processo penal, tem ampla aplicação na execução penal quanto a fatos estranhos ou supervenientes ao título em execução.
- A presunção de inocência ou estado de inocência encontra quatro formas de expressão no processo penal: princípio informador; regra de tratamento; regra probatória; e uma regra de julgamento. Enquanto regra de tratamento, possui uma dimensão processual e uma dimensão extraprocessual.
- A dimensão de regra de tratamento gera um direito subjetivo ao imputado e um dever ao poder público e à sociedade. É com fundamento nesse direito/dever de tratamento extraprocessual, revelador de uma verdadeira situação de inocência, que se sustenta também a aplicação do princípio da presunção de inocência em todos os incidentes da execução penal, não só quanto aos fatos supervenientes ao cumprimento de pena, como também quanto aos fatos estranhos a ela que possam vir a influenciá-la.
- O sistema disciplinar também é informado pelo princípio da presunção de inocência. Isso porque a sanção disciplinar gera graves efeitos ao *status libertatis* do sentenciado, devendo o processo disciplinar ser cercado das garantias processuais penais, à luz de uma verdadeira teoria do processo de execução penal.
- Importante consequência da aplicação da regra de tratamento da presunção de inocência no sistema disciplinar em sua vertente endoprocessual é a impossibilidade de antecipação dos efeitos da sanção disciplinar sem caráter cautelar e sem previsão legal, como, por exemplo, a regressão cautelar de regime e a suspensão cautelar de direito ao trabalho externo e saídas temporárias.
- Outra importante consequência da regra de tratamento da presunção de inocência – desta feita na sua dimensão extraprocessual – é revelada na análise dos requisitos subjetivos do indulto e da comutação.

- Diante da natureza jurídica da clemência presidencial, o direito subjetivo à comutação e ao indulto se adquire com a publicação do decreto concessivo. Por essa razão, é nesse momento que deve ser avaliada a presença ou não dos seus requisitos.
- Assim, constituindo-se o indulto ou a comutação como direito adquirido no momento de sua concessão pelo Presidente da República, as condições impostas devem estar presentes neste mesmo momento.
- Diante da aplicação do princípio da presunção de inocência, no âmbito do processo disciplinar, não há possibilidade de que o Presidente da República, ao exigir a inexistência de falta grave para o indulto/comutação, dispense o julgamento sob o devido processo legal, com decisão transitada em julgado, para que a falta grave surta seus efeitos e impeça o indulto ou a comutação.
- Isso porque a presunção de inocência é garantia constitucional que não pode ser afastada pela Presidência da República.
- Assim, exigida por qualquer Decreto presidencial a inexistência de falta grave para que haja indulto ou comutação, só há um caminho interpretativo, seja qual for a redação do Decreto: o afastamento do indulto/comutação só é possível se houver falta grave reconhecida em juízo após o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, transitada em julgado a condenação até a data da concessão do perdão.
- A regra de tratamento da presunção de inocência impõe um estado de não culpabilidade diante de meras imputações de faltas disciplinares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. In:* MARTÍ MARMOL, Josep Lluís; MORESO, Josep Joan (orgs.). *Contribuiciones a la filosofia del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012. Tradução de Janaína Matida.

BRASIL, Constituição da República de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Proposta de decreto presidencial de indulto 2018. Exposição de motivos. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/leia-a-integra-da-proposta-veta-indulto-que-sera-enviada-para-temer-30102018>. Acessado em: 17/12/2018.

BRASIL. Decreto nº 8.615 de 23 de dezembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília 24/12/2015.

BRASIL. Decreto nº 8.940 de 22 de dezembro de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, 23/12/2016.

BRASIL. Decreto nº 9.246 de 21 de dezembro de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, 22/12/2017.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União. Brasília, 13/07/1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 313.105/MG. Rel. Min Rogério Schietti. Dje. 01/07/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado 526 da súmula de jurisprudência. 3ª Seção. Dje. 18/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**.** EREsp 1.549.544-RS**,** Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/09/2016, DJe 30/09/2016.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Gonçalves Bernardo. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A natureza jurídica da execução penal. In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). Execução penal. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. *Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In*: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPEZ, Mercedes Férnandez. *Prueba y presunción de inocencia.* Madrid: Iustel, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravos em Execução nº 1.0024.14.021568-2/001; 1.0079.12.062174-7/002, 1.0301.14.013331-7/001, Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acessado em: 10/12/2018.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PARDO, Miguel Angel Montañes. *La presunción de Inocencia.* Análisis Doctinal y Jurisprudencial. Pamplona: Editorial Aranzardi, 1999.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal. Teoria Crítica.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual de Execução Penal.* 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SILVA, José Adaumir Arruda da; NETO, Arthur Corrêa da Silva. *Execução Penal.* Novos Rumos, novos paradigmas. 2ª tiragem. Manaus: Aufiero, 2012.

A DECISÃO DE PRONÚNCIA CRIMINAL COM BASE EM INDÍCIOS DE AUTORIA SOB A ÓTICA GARANTISTA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE CRIMINAL PRONOUNCE DECISION BASED ON AUTHORS 'INDICATIONS UNDER THE OPINION GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

Paulo Vitor Valeriano dos Santos

RESUMO: A decisão de pronúncia criminal que decida pela remessa do acusado ao júri encontra regras e limites insertos em comandos da CF/88. A processualística penal deve atentar-se aos ditames constitucionais no sentido de observar a garantia ao princípio da presunção de inocência quando da fundamentação da decisão que pronuncia o réu. O embate entre presunção de inocência e presunção de culpa tem sido rotineiramente observado nas decisões de pronúncia criminal que vem sendo feita pelos magistrados de forma automática e acrítica, sobrecarregando o Tribunal do Júri. O presente artigo objetiva por meio de uma avaliação sistêmica analisar a constitucionalidade da decisão de pronúncia com base apenas em indícios de autoria, diante da presunção do estado de inocência e do garantismo penal. Analisou-se a urgência em limitar a pronuncia criminar de forma a garantir a observância dos direitos humanos em detrimento de uma antecipação inconstitucional do juízo de culpabilidade. A presunção de culpa historicamente construída exige uma desconstrução progressiva no âmbito da persecução penal, sendo a presunção da inocência pedra fundante e inafastável do alargamento dessa nova ótica garantista. Conclui-se pela inconstitucionalidade da decisão de pronúncia criminal

fundada apenas em indício/dúvida e inobservada da constitucionalização do direito e irradiação das normas, princípios e valores constitucionais por todo o ordenamento.

Palavras-chave: Decisão de pronúncia. *In dubio pro societate*. Presunção de inocência. Garantismo Penal.

ABSTRACT: The decision of criminal pronouncement that decides for the remittance of the accused is of rules and limits of errands of the CF / 88. The criminal proceduralism should be attentive to the constitutional dictates in the sense of validity in principle of the presumption of innocence when the reasoning of the decision that pronounces the defendant. The clash between the presumption of innocence and the sentence of imprisonment has been routinely seen in the decisions of criminal adhesion that is being made by the magistrates in an automatic and uncritical way, overburdening the Court of the Jury. The present article objectified through a systemic evaluation on the constitutionality of the decision to pronounce on the basis of authorship indicators, before the presumption of the state of innocence and the criminal guaranty. It was analyzed the urgency of limiting criminal pronouncement in order to ensure that human rights at the expense of unconstitutional anticipation of the guilty verdict. The presumption of historically structured guilt was a progressive experiment in the scope of criminal prosecution, and it was a presumption of innocence as the founding and unshakable stone of its new state. It concludes by the unconstitutionality of the decision to criminalize only in clue / doubt and nonobservance of the constitutionalisation of the right and irradiation of norms, principles and constitutional values throughout the order.

Keywords: Pronunciation decision. *In dubio pro societate*. Presumption of innocence. Penal Warfare.

INTRODUÇÃO

A consolidação de um Estado Democrático de Direito garantidor dos direitos individuais e coletivos passa pela superação de entraves de toda ordem. A robustez com que a criminalidade alarga seus métodos de atuação, o número de vítimas aumenta em larga escala, e os níveis de violência nos coloca diante de um cenário criminal caótico.

Nessa esteira, os crimes dolosos contra a vida exigem uma postura estatal e social marcante e destacada no que tange a sua capacidade combativa, desde que adstrita a um modelo de processo penal constitucionalmente adequado.

As mudanças históricas nos modelos de sistemas processuais penais no decorrer dos últimos séculos são imprescindíveis para uma compreensão da progressividade com que a humanidade cada vez mais busca prestigiar os direitos humanos, a proteção do homem enquanto ser coabitante desse mundo.

Momentos caóticos de um passado relativamente recente, como durante o período inquisitorial, revelam um direito processual penal desassociado do devido prestígio ao princípio da presunção da inocência. Ao contrário, a presunção da culpa é que outrora fundamentou aberrações processuais e humanas através de *jus puniendi* excessivo e irrazoável.

Hodiernamente, a evolução jurídico-social orienta a doção de sistemas processuais penais cada vez mais garantistas, representativos de uma limitação cada vez maior aos poderes estatais, e a consideração das consequências negativas ao sujeito passivo da ação estatal. A revisão da posição do ser humano como mero objeto de verificação e do papel da verdade dentro do processo colimou na substituição, não completa, do sistema inquisitório pelo acusatório.

Destaca-se a substituição do modelo de fundamentação ideológica responsável pela adoção do procedimento inquisitorial para o acusatório, através da prevalência dos valores alinhados a um processo penal garantista.

Urge o reposicionamento da pronúncia criminal para dentro de uma instrumentalidade garantista. Destaca-se a função garantidora da pronúncia em detrimento da utilização indevida do princípio do *in dubio pro societate*, acerca de sua invocação leviana para a remessa acrítica, sem a devida fundamentação de todo e qualquer processo à sessão plenária do júri, detendo ou não lastro probatório mínimo

Necessário que se reflita acerca das decisões de pronúncia criminal sob o fundamento do *in dubio pro societate,* que potencialmente pode desrespeitar o princípio da presunção inocência gerando desdobramentos processuais e penais danosos ao indivíduo.

A utilização irrestrita do referido princípio abarrota o tribunal do júri e retira seu caráter de garantia do indivíduo.

Indaga-se se o acusado somente poderá ser pronunciado se uma futura condenação for baseada em provas que deem certeza para uma condenação, considerando um lastro probatório com base no princípio da presunção de

inocência como meio de efetivar os valores constitucionais, prestigiando a orientação garantista balizadora do atual modelo de processo criminal.

A presente investigação científica se encaminha por meio de uma análise sobre o garantismo do processo penal, a presunção de inocência como valor constitucional e de direitos humanos e os fundamentos da decisão de pronúncia e como guarda reminiscências com o modelo de persecução penal inquisitório.

Através de uma discussão jurídico-ideológica, irá se ressaltar a premente necessidade da revalorização do princípio da presunção de inocência, valendo-se da decisão de pronúncia que, sob o argumento da necessidade de proteção da sociedade (*in dubio pro societate)* impinge ao acusado presunção de culpa em detrimento da sua condição de inocente.

Mediante o embate existente a presunção da inocência e a presunção da culpa o presente artigo visa fomentar discussões sobre a consonância da pronúncia criminal fundamentada na dúvida com o princípio da presunção da inocência dentro do Estado Democrático que se pretenda ser de Direito. Ao admitir a possibilidade de remessa de um indivíduo ao júri com base em indícios "suficientes" de autoria e não necessariamente em provas concretas, admite, uma possível afronta à presunção de inocência e, por consequência, um ataque direto aos direitos humanos.

1. ALICERCES DO PENSAMENTO GARANTISTA

No sistema inquisitorial que prosperou na Idade Média e prevaleceu até o século XVIII o juiz era a principal, senão única, figura da persecução penal, vez que reunia as funções acusar, defender e julgar. O imputado era mero objeto de investigação.

O advento do Iluminismo, a partir do século XVIII, marca transição marcante na hermenêutica jurídica. Com os contornos iniciais do garantismo penal, iniciou-se, ainda que gradualmente, a substituição do sistema inquisitivo pelo retorno do sistema acusatório.

A teoria garantista surge em razão de uma inconformidade diante da profunda crise do Direito. A busca pela maximização das garantias fundamentais e na minimização do poder restritivo do Estado buscava dar maior concreção aos postulados do Estado de Direito.

Em Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, célebre obra norteadora das constituições garantistas do último século, Ferrajoli construiu um modelo ideal, que se autodenomina de modelo-limite, ante a impossibilidade de ser satisfeito em sua totalidade. Esse modelo insere-se jurídico-politicamente na tradição do pensamento iluminista e liberal, bem como fundou-se nas ideias de Beccaria (1999) e Francesco Carrara (2002). Frise-se que:

> A escola da dogmática penal garantista não é autônoma, mas a remasterização das ideias propagadas ao longo dos séculos das luzes, propondo Ferrajoli a revisão dos fundamentos epistemológicos da referida tradição. Seu esforço é direcionado para a tentativa de dirimir os problemas que provocaram a bancarrota do pensamento ilustrado do século XVIII. (DRAGO, p. 25, 2016)

De antemão, Ferrajoli já alerta para a impossibilidade d satisfação integral desde modelo:

> Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

A verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva, independentemente do quão aperfeiçoado seja o sistema de garantias penais:

> A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de in determinação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

Ferrajoli elabora a definição de garantismo sobre três pilares: como um modelo normativo de direito; como uma teoria jurídica, e como uma filosofia política, a ver:

> Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade', próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em

> garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, 'garantista' todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. Em um segundo significado, 'garantismo' designa uma teoria jurídica da 'validade' e da – efetividade" como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela 'existência' ou 'vigor' das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o 'ser' e o 'dever ser' no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. Segundo um terceiro significado, por fim, 'garantismo' designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo (pressupõe) a doutrina laica de separação entre direito e moral, entre validade justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o 'ser' e o 'dever ser' do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2002, p. 684-685)

O perigo da ilusão de se conceber o direito e o processo penal como os meios únicos e suficientes para controle e solução de toda desordem social sempre foi uma preocupação do autor, que alerta:

> Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivo para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inumeráveis leis que são cada vez mais freqüentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais. (FERRAJOLI, 2002, p. 451)

Com a formação do Estado Moderno a vingança privada cedeu espaço para o monopólio estatal do poder de punir, redimensionando e reinterpretando os critérios de justiça. Ferrajolim inclusive, acredita que o indivíduo enquanto cidadão inserido neste sistema garantista também paga um preço por sua liberdade, e afirma:

> Se examinarmos as formalidades da justiça em relação ao trabalho que custa a um cidadão para obter a devolução de seus bens ou a satisfação de uma ofensa, veremos que são demasiadas. Se as examinarmos em relação à liberdade ou à segurança dos cidadãos, veremos que os incômodos, os gastos, a lentidão e inclusive os perigos da justiça são o preço que cada cidadão paga por sua liberdade. (FERRAJOLI, 2002, p. 60)

Desde a promulgação da Carta Cidadã de 1988 até o presente momento ainda observamos a existência de déficit hermenêutico no campo do processo penal no Brasil. A compreensão da necessidade de um realinhamento constitucional do sentido democrático é urgente, haja vista ser o diploma processual penal documento construído sob matriz temporal, constitucional e ideológica diametralmente diversa da que vivenciamos hoje.

Superado em parte o modelo inquisitório, ainda observamos hodiernamente uma predisposição do processo penal à condenação, desviando de seu objeto. Um longo período de um processo penal inquisitório deixou marcas que ainda se manifestam no arcabouço e na prática jurídica dos tempos modernos.

Neste sentido, Ferrajoli inicia a conexão de sua teoria com o princípio da presunção da inocência destacando a reflexão do contratualista Thomas Hobbes:

> Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: 'eu não entendo', escreveu Hobbes, 'como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia'. (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

Inserto no garantismo penal, o princípio da presunção da inocência é inclusive qualificado como garantia substancial. Veja-se:

> Qualifiquei de 'substanciais' as garantias penais de lesividade, materialidade e culpabilidade, em oposição às garantias processuais, que chamarei de 'instrumentais', de presunção de inocência, de prova e de defesa: entendo, com isso, que afetam a substância ou os conteúdos das proibições permitidos pelas normas reguladoras da produção válida da lei penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 371)

Construir um postulado garantista, atributo direto de uma declaração de soberania, baseia-se na possibilidade de derrogação pontual das regras jurídicas. Adversamente a uma simples regra, somente pode ser invocada como salvaguarda individual e jamais interpretada em desfavor do titular individual ou coletivo do poder soberano.

2. O ESTADO (PRESUNÇÃO) DE INOCÊNCIA COMO ESCOLHA E GARANTIA INAFASTÁVEL

Os interesses sociais sempre foram participantes das escolhas estatais, independente da época e sistema processual penal adotado, O punição adequada e a retirada dos "maus" do seio social, sempre estiveram nas discussões de senso comum, gerando a falsa ideia de que a punição exemplar de culpados e um processo penal[1] "duro" são instrumentos mais do que hábeis, necessários no escopo estatal de pacificação e segurança.

Neste sentido, o chamado estado de inocência, enquanto presunção, oscilou entre prestígio no sistema acusatório pretérito ao inquisitório e desvalor na vigência deste último, em especial a partir do século XIII. Estando praticamente anulado durante todo o período da inquisição, o estado de inocência retoma sua valoração, como princípio, ao compor as diretrizes principiológicas da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, marco normativo do princípio da presunção da inocência no modelo como hoje o conhecemos.

Embora o embate entre Estado (poder-autoridade) e cidadão (restrição da liberdade) remonte um passado de datação inexata, o artigo 9º[2] do referido diploma consagrou o princípio da presunção da inocência como direito inerente à condição de ser humano.

Cesare Bonesana Beccaria, em obra chamada Dos Delitos e Das Penas, contemporânea à carta de direitos humanos, iniciou as reflexões do que seriam os primeiros contornos modernos do princípio da presunção de inocência:

---

[1] "O direito processual tem, pois, uma faceta prescritiva e não somente descritiva da realidade dos sistemas penais, porque busca expressar o resultado da transição das simples práticas de responsabilização para um modelo em que tais práticas são racionalizadas conforme a orientação de contenção e legitimação do poder punitivo. O viés epistemológico do direito processual penal, que é defendido no plano das teses tanto por teóricos críticos de variadas correntes como por defensores da teoria do garantismo, é de natureza engajada: com ênfase, este viés repele o apelo a crenças no lugar da demonstração quer da responsabilidade individual, quer da capacidade do sistema penal de cumprir missões para as quais não é sequer o instrumento adequado" (PRADO, Geraldo. *Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal*: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/?s=geraldo+prado+08%2F10%2F2016>. Aceso em: mar. 2017)

[2] DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Artigo 9º Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.) DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources>. Acesso em: 30 ago. 2017.)

> Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou incerto. Se é certo, não lhe convém outra pena se não a estabelecida pelas leis, e inúteis são os tormentos, pois é inútil a confissão do réu. Se é incerto, não se deveria atormentar o inocente, pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados. (BECCARIA, 1999, p. 61).

Silva e Urani (2013, p. 30) destacam que "o estado de inocência, como Direito Humano, assegurado em tratado internacional, garante ao imputado posturas negativas do Estado no exercício da persecução penal".

Diversos são os documentos normativos que, consagrando o sistema universal de direitos humanos, impuseram a obrigatoriedade de respeito ao princípio da presunção de inocência. A título exemplificativo, encontramos disposições na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Neste sentido a CF/88 não se furtou em reconhecer a importância de tal princípio, estabelecendo claramente que, como garantia, deve ser respeitado como instrumento de salvaguarda do cidadão em detrimento a tentativa de desrespeito por parte do sistema punitivo.

Hoje, o dito princípio é uma garantia constitucional, previsto no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 que dispõe, no seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, nos seguintes termos: "Art. 5º, LVII, CRFB – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Para Alexandre de Moraes:

> A presunção de não-culpabilidade do indivíduo abarca quatro funções básicas, quais sejam: limitação à atividade legislativa; critério condicionador das interpretações das normas vigentes; critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); obrigatoriedade do ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador. (MORAES, 2002, p. 385)

No que tange a natureza jurídica da presunção da inocência, Jordi Nieva Fenoll [3] dispõe:

> Sin embargo, una de las cuestiones de las que no se ha ocupado demasiado la doctrina todavía es acerca de la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia. En algunas Constituciones se la ha configurado como un derecho fundamental23, pero en la práctica judicial y doctrinal se la ha solido observar como una regla de carga de la prueba. Y últimamente se está abriendo camino la opción que la considera como un estándar de prueba. Habiendo concluido ya la necesidad en el proceso penal de la presunción de inocencia, resta calificarla jurídicamente, lo que ayudará a determinar su auténtica utilidad y función en el proceso. (FENOLL, 2016, p. 9)

No âmbito processual penal cabe ao Estado-acusador provar as suas alegações, não se permitindo uma inversão de valores e funções nesse quesito, sobretudo porque meros indícios não podem se sobrepor ao estado de inocência garantido aos sujeitos, sob pena de se retroceder ao período histórico que impunha aos indivíduos a condição de meros objetos de verificação. Na concepção de Ferrajoli:

> No instante em que não se garante a condição de inocência, no mesmo momento, se desrespeita a liberdade do cidadão e, mais que isso, afronta-se uma garantia de segurança gerando a absoluta desconfiança em razão de um arbítrio punitivo. Assevera ainda que, muito embora o princípio da presunção de inocência remonte ao direito romano, as práticas inquisitórias da Baixa Idade Média foram responsáveis pelo seu esquecimento, basta considerar a importância que se dava a suspeita ou a uma dúvida de culpabilidade que já se tinha uma quase prova e por consequência uma semicondenação. (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

Maurício Zanoide de Moraes, sobre o conceito do princípio da presunção da inocência destaca que:

> Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão 'presunção de inocência' assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo,

[3] Segundo FENNOL3, "en la Edad Media fue mencionado em la literatura juridica com a expresión in dubio pro reo, y pocos siglos después se construyó el estándar 'mas allá de toda duda razonable' em Old Bailey de Londres (finales del.s.XVIII)", como instrução para os jurados assentado na premissa da certeza moral do Direito Canônico. (FENOLL, Jordi Nieva. R*evista Para El Analisis Del Derecho – InDret. La razón de ser de la presunción de inocência Barcelona*. 01/2016. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: mar. 2017).

> não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim a parêmia latina 'quilibet preasumitur bônus, donec contrariam probetur' (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegado à acusação. (MORAES, 2010 p. 92)

Impõe-se ainda uma análise da tutela jurisdicional da presunção da inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à CF/88:

> O princípio da presunção de inocência, por sua vez, deve ser analisado sob uma perspectiva de tríplice finalidade, ou seja, como garantia política do estado de inocência, em virtude da necessidade de imposição de valores constitucionais ao arbítrio punitivo estatal; como regra de tratamento, em decorrência da obrigatoriedade de não equiparação de investigados ou acusados à condição de condenados e consequente descabimento de imposição de medidas de restrição de liberdade e por fim; como norma de julgamento que impõe a absolvição do sujeito quando da incompletude da prova, conforme se verifica do *in dubio pro reo.* (ARANTES FILHO, 2010, p. 26-30)

Contudo, ainda que a solidez deste princípio esteja amparada nas escolhas garantistas da CF/88, ainda há afrontas aos valores promulgados por um Estado Democrático que se pretenda de Direito.

O presente artigo versa sobre um destes casos: a decisão de pronúncia criminal lastreada em dúvidas fundamentado no princípio do *in dubio pro societate*. Ao admitir o acolhimento de meros indícios, sombras ou conjecturas para fins de persecução penal, há um descuido da presunção de inocência e um desvio para uma presunção da culpa, rememorando aspectos de um modelo de persecução inquisitorial referente ao século XIII.

A observância da garantia da presunção de inocência, como norma de juízo, surge nos momentos decisórios, ocasião onde o magistrado deverá externar a sua convicção. Superada a presunção de inocência como norma probatória, com o cumprimento do ônus da prova pelas partes, mormente a acusação, é o momento em que o juiz manifestará a sua certeza ou dúvida perante o conjunto probatório formado nos autos.

Assim, visa o presente artigo demonstrar a urgência em se redefinir o brocardo do "*in dubio pro societate*" na decisão de pronúncia.

3. FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

A decisão ou sentença de pronúncia foi historicamente concebida como a ferramenta de declaração do réu como suspeito de um delito e a partir de então, permitir sobre investigações amplas e desenfreadas, muitas vezes devassando sua intimidade, rotulando o indivíduo como culpado com base em elementos como corpo de delito e indícios de autoria.

Possui como requisitos o convencimento do juiz sobre a materialidade do fato e sobre a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação;

A reinterpretação do termo "indícios de autoria" é urgente. A CF/88 adotou viés garantista, refutando a interpretação deste termo como mero juízo de probabilidade. A prova meramente indiciária, remonta a força do procedimento inquisitório demonstrando quão vulneráveis os indivíduos ainda se encontram frente ao monopólio de punir estatal mesmo com o passar dos séculos. Sobre o tema, Ferrajoli aduz:

> Ali onde a refutação é impossível significa que a técnica de definição legal e/ou judicial do que é punível não permite juízos cognitivos, mas apenas juízos potestativos, de forma que a livre convicção não se produz sobre a verdade, mas sobre outros valores. Isso bem pode ocorrer sobre razões semânticas, quer dizer, porque a hipótese legal e/ou judicial não está formada por preposições que designam fatos, senão por juízos de valor ou de significado indeterminado do tipo 'Tício é perigoso', 'Caio é subversivo' ou 'tal objeto é obsceno'; ou bem podem ocorrer por presunções ou preclusões normativas que de fato exoneram a acusação do ônus da prova ou precluem da defesa o contraditório e a refutação. [...] Em nenhum dos dois casos se dá 'juris-dicção' em sentido próprio, senão mero exercício de repressão; não há juízo de comprovação, mas de decisão: direito penal 'sem verdade' e 'sem saber', enquanto inteiramente confiado à vontade discricionária, ou seja, ao poder dos órgãos julgadores. (FERRAJOLI, 2006, p. 160)

O modelo constitucional de processo penal vigente, não comporta a decisão de pronúncia lastreada apenas em dúvidas e indícios. Há necessidade premente de imposição de limites ao instituto por ser representativo de conduta retrógrada e em descompasso com os ditames inerentes ao estado democrático de direito. A decisão de pronúncia representa a admissibilidade da acusação, isto é, ela deve demonstrar que o processo está suficientemente maduro, com um conjunto probatório firme, para que possa dar ensejo a uma futura condenação ou absolvição pelo conselho de sentença.

A fragilidade de provas acerca da autoria do crime prestigia as incertezas. Assim sendo, a pronúncia criminal lastreada em dúvidas acerca da verdade processual enaltece a presunção de culpa em flagrante atentado à condição de inocência pertencente aos sujeitos, sendo puro exercício de repressão. As consequências para a falência funcional da acusação não se transferem à defesa.

A interpretação constitucional hodierna mais consentânea com os valores garantistas deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos constitucionais traduzidos por ela são suficientemente seguros para sustentar e solucionar eventuais tensões dialéticas que naturalmente dela defluírem.

A análise acerca da necessidade de definição de limites[4] à decisão de pronúncia é ainda presenciado no cotidiano da justiça, ainda que colocados de maneira sutil.

O princípio do *in dubio pro societate* estabelece que, fundado em dúvida, o juiz deve pronunciar o acusado, em prol da segurança da sociedade. Seu fundamento político reside na defesa social ou satisfação da pretensão punitiva estatal, que prestigiaria a supremacia dos interesses coletivos em detrimento do interesse individual do acusado.

Nesta esteira, não se pode entender recepcionado pela CF/88. Nas críticas de Fernando da Costa Tourinho Filho, este abomina o uso do princípio, principalmente, por se portar contrário aos princípios constitucionais, senão veja-se:

> É desconhecer que num País cuja Constituição adota o princípio da presunção de inocência torna-se em heresia sem nome falar em *in dubio pro societate*. Muito a propósito, Ada P. Grinover *et al.*: 'Em todo e qualquer tipo de processo penal nenhuma presunção pode superar as estabelecidas em favor do acusado ou do condenado.' (TOURINHO FILHO, 2017, p. 6)

A regra é, e deve ser sempre, a presunção da inocência, autorizando concluir que a dúvida porventura verificada deve operar contra o acusador e contra ele deve ser resolvida.

---

[4] Luigi Ferrajoli define a função específica das garantias penais ao afirmar que "na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva". Portanto, deve o processo penal minimizar a violência e o arbítrio na resposta ao delito, adotando-se medidas que limitem o poder punitivo do Estado, não apenas o legitimando, mas sim deslegitimando o excesso. (FERRAJOLI, 2002, p. 90-91)

Sérgio Pitombo critica tal princípio, discordando que diante da dúvida, a solução razoável seja em favor da sociedade em desfavor do imputado. Para o autor:

> O adágio do *in dubio pro societate* é uma demonstração inequívoca de que o perdedor é na verdade vencedor. Isto quer dizer que, mesmo não tendo o Estado se desincumbido satisfatoriamente de provar a autoria de um delito, ainda assim sagrar-se-á vitorioso, caracterizando-se um absurdo lógico-jurídico a predominância da incerteza, mesmo porque a suspeita não passa de conjecturas, sombras, desconfianças e suposições incapazes de por si só provar algo. Essa regra inevitavelmente comporta traços bastante claros de um processo penal sedimentado pela marca indelével deixada pelo procedimento inquisitório. (PITOMBO, 2002, p. 25-27)

A máxima *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia criminal, não encontra respaldo jurídico fundante em nosso ordenamento, constituindo prática autoritária desprovida de sustentação democrática.

Na prática, observa-se que a remessa de tantos casos ao tribunal do júri, além de sobrecarregá-lo, vem gerando sérias repercussões às condenações infundadas, o que fere profundamente a base constitucional solidificada. Acerca dessa automatização na pronúncia, leciona Nucci:

> É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livres de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo in dubio pro societate (na dúvida, decide-se em favor da sociedade), remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas – aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver. (NUCCI, 2015, p. 87)

Para Silva (2001) o juiz lava a mão como Pilatos e entrega o acusado (que ele não condenaria) aos azares de um julgamento no júri.

Cunha Campos adota o mesmo posicionamento, insurgindo-se com veemência contra o por ele denominado "mito do *in dubio pro societate*". Conforme seu ensinamento,

> Com base na terminologia infeliz do Código ao mencionar 'indícios de autoria' (agora, pelo menos, pela nova lei, adjetivados de suficientes) para a pronúncia, criou-se um mito, o *in dubio pro societate*, qual seja: se, terminada a instrução da primeira fase do rito escalonado do Júri, houver dúvida a respeito da autoria, o juiz deve remeter o caso para que seja decidido pelo tribunal leigo, preservando, assim, a competência constitucional do Júri.

> Em primeiro lugar, no campo puramente jurídico e lógico, nunca o juiz decide embasado em dúvida(s). Ou ele tem certeza de que existem as condições para se remeter o caso a julgamento pelo Júri, ou ele tem certeza de que tais requisitos não se encontram presentes. Ele não fica em dúvida.
>
> Em segundo lugar, analisando-se a finalidade de nosso procedimento do Júri, chegamos à conclusão de que o rito só é escalonado em duas fases, porque o legislador entendeu que remeter alguém a julgamento por seus pares não é um passeio dominical, mas algo muito sério, constrangedor ao extremo para o réu, que ocupa o banco da ignominia e, por que não, constrangedor também para a sociedade, que vê um integrante seu em posição vexatória, expondo até às vísceras as mazelas daquele agrupamento humano.
>
> Sendo assim, para se evitar constrangimentos, humilhações e vexames inúteis (para o acusado, principalmente, mas também para a comunidade), em processos que não tenham provas, ou sejam, elas raquíticas, deve o juiz atuar como um filtro selecionador de julgamentos pelo Júri, só remetendo a este caso com prova séria de autoria e materialidade, barrando os demais com a impronúncia. (CAMPOS, 2010, p. 88-89).

Reveladores de traços inquisitoriais que ainda permeiam as decisões no campo processual penal, o preceito *in dubio pro societate* da forma como vem sendo empregado destoa do fim almejado pelo modelo garantista atual de processo penal que não poderia ser outro, senão a preservação da liberdade dos sujeitos. Nesse sentido Daniel Zveibil assinala que:

> O aforismo do *in dubio pro societate* é um desses abusos de argumentação que dão suporte a pronúncias descabidas, responsáveis pelo lançamento de diversos cidadãos aos azares de um julgamento no júri, afrontando em demasia a regra de proteção ao réu, originariamente pautada no devido processo legal. (ZVEIBIL, 2008, p. 74)

Ferrajoli (2002, p. 441) destaca que "a culpa e, não a inocência, deve ser demonstrada" em respeito mesmo às garantias pertencentes aos sujeitos, nesse caso, segundo a premissa de que todos são inocentes.

Doutrinadores e juristas favoráveis ao atual modelo de interpretação do princípio *in dubio pro societate* argumentam que o juízo de certeza deve ser feito pelo tribunal do júri e não pelo magistrado, uma vez que a exposição de detalhes sobre a prova, no momento da decisão de pronúncia, poderia influenciar negativamente o julgamento do réu. Sob essa perspectiva o princípio do *in dubio pro societate* mantem-se incólume mesmo diante da escolha da CF/88 por um processo penal acusatório e garantista, afastado das indeléveis marcas da inquisição.

Contudo somente a interpretação de tal princípio de forma mais democrática, permitirá que a pronúncia assuma contornos de um processo penal verdadeiramente constitucional.

Sérgio Pitombo (2002, p. 26) defende que se persiste qualquer dúvida sobre a autoria do crime "a única solução técnico-jurídica cabente acha-se na impronúncia" uma vez que não se impõe razoável pronunciar o acusado a partir do *in dubio pro societate,* pois além de sem razão, se impinge desproporcional.

A ainda existente matriz inquisitorial do processo penal demonstra que a história lhe reservou um espaço no qual ainda são necessários maiores esforços no sentido de retirar de vez a marca da crueldade e perseguição imputadas pela *inquisitio*. Na visão de Ana Cláudia Pinho e Marcus Gomes:

> A impronúncia é bastante representativa para a história do processo penal por se tratar de uma marca inquisitiva ainda presente no ordenamento, especialmente porque, ao determinar que o réu permaneça na cruel expectativa de um dia ver-se livre de determinada imputação, estar a dizer, em outros termos que, a qualquer momento o processo poderá ser revivido, caso surjam novas provas. 'A impronúncia é, assim, uma decisão claramente desfavorável ao réu, pois o deixa com a espada de Dâmocles na cabeça, aguardando a extinção da punibilidade' (PINHO; GOMES, 2009, p. 41. 343:342)

Para Aury Lopes Júnior:

> A relação entre a impronúncia e os métodos inquisitivos pode ser visualizada com mais propriedade quando se observa que no procedimento inquisitório havia o especial cuidado de dizer, na sentença de absolvição, que nada foi legitimamente provado contra o réu sem, entretanto, afirmar ser o réu inocente, como forma de mantê-lo sempre ao alcance da inquisição, podendo o caso ser reaberto caso surgissem novas provas, conforme recomendava o Inquisidor EYMERICH, notadamente pela inexistência da coisa julgada em ambas as circunstâncias. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 102)

Assim sendo, a interpretação do princípio *in dubio pro societate* deve direcionar os casos de sentença de impronúncia em virtude da dúvida quanto à autoria do crime par ao sentido de manter o acusado indefinidamente ao alcance do sistema punitivo, até que um dia novas provas possam confirmar as sombras que sobre sua pessoa pairaram.

Nicola Flamarino dei Malatesta defende uma teoria da lógica das provas em matéria criminal com o fim de trazer uma concepção mais clara da distinção entre certeza, probabilidade e credibilidade. Num panorama geral, resume o que seria a dúvida:

> Relativamente ao conhecimento de um dado fato, o espírito humano pode encontrar-se no estado de ignorância, dúvida ou certeza. A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos; ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos e tem-se o improvável; pode haver igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos e tem-se o crível no sentido específico. Pode haver, finalmente, prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos e tem-se o provável. (MALATESTA, 2005, p. 23)

Sabido é que não se pode admitir dúvidas quando à materialidade, sendo obrigatória haver prova inequívoca de que o crime ocorreu. Esta é a certeza.

A fundamentação da relativização do princípio do *in dubio pro societate* vale-se da teoria da lógica das provas em matéria criminal, que dispõe que o ser humano possui cinco estados de espírito. O primeiro seria o estado de ignorância, em que há ausência de qualquer conhecimento. Segundo, temos o estado de improbabilidade, quando notável é a existência de um menor número de razões convergentes do que divergentes. Terceiro estado de espírito é o da credibilidade, onde há igualdade entre os motivos convergentes e divergentes. Já no estado de probabilidade, quarto, temos a prevalência dos motivos convergentes aos divergentes. Por fim, quinto, temos o estado de certeza, o único em que temos um conhecimento afirmativo, triunfante.

De acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, somente o estado de probabilidade ensejaria a utilização do princípio do *in dubio pro societate* na pronúncia criminal enquanto o estado de improbabilidade e o de credibilidade demandam a aplicação da teoria do princípio do *in dubio pro reo* ensejando o decreto da impronúncia.

O alargamento indevido do sentido teleológico do princípio *in dubio pro societate* desatende o comando constitucional de que o papel do Estado é a proteção ao indivíduo contra acusações levianas, transformando o princípio do *in dubio do pro societate* em instrumento de injustiça penal.

A dúvida acerca da autoria orienta-se pela valoração subjetiva das provas, em que se decide pela pronúncia quando presentes indícios suficientes, isto é, um conjunto de circunstâncias provadas que convergem para uma só concepção: a autoria do acusado.

Tanto a decisão de pronúncia pautada do *in dubio pro societate*, prevista no art. 413 do Código de Processo Penal brasileiro, quanto a decisão de impronúncia, art. 414 do CPP podem revelar um juízo de incerteza.

Hodiernamente o entendimento majoritário dos magistrados tem sido exaltação acrítica do princípio *in dubio pro societate* diante da dúvida, o que tem ampliado os riscos de condenações injustas, sem lastro probatório suficiente para condenação.

Dizer que o acusado só não será pronunciado se houver prova inequívoca é inverter a presunção da inocência para a presunção da culpa.

A prática jurídica esconde uma conveniência, talvez um desleixo, dos magistrados, onde basta-se alegar o *in dubio pro societate*, sem maiores fundamentações, para levar ao júri quem quiser, ferindo de morte a regra da ponderação dos valores constitucionais vigentes no ordenamento jurídico hodierno. A valoração de provas integra esfera subjetiva da decisão de cada magistrado. De acordo com Ferrajoli:

> A consequência mais importante do modelo de legitimação garantista é que a legitimidade da função judiciária, residindo nos vínculos a ela impostos pela lei em garantia de seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos dos cidadãos, é sempre parcial e imperfeita. De fato, sabemos que ela, mesmo no melhor dos sistemas, é não somente cognitiva mas, também, em alguma medida, potestativa por causa da discricionariedade que sempre intervém na interpretação da lei, na valoração das provas, na conotação do fato e na determinação da extensão de pena. (FERRAJOLI, 2002, p. 439)

A probabilidade acerca da autoria depende do discernimento de cada julgador, pois a verdade está nos fatos e a certeza na percepção do juiz.

O estado de improbabilidade e o de credibilidade sustentam a teoria do princípio do *in dubio pro reo* e ensejam o decreto da impronúncia. Somente o estado de probabilidade das provas enseja a pronúncia criminal.

Enquanto a pronúncia é a garantia da sociedade de que o dever do Estado em cumprir a adequada aplicação do direito penal será preservado, e que está salvaguardada a competência constitucional instituída do júri, a impronúncia, por outro lado, à luz do princípio do *in dubio pro reo* tenta garantir os direitos do indivíduo, como a liberdade do cidadão.

Tendo isso em vista este posicionamento, Nucci[5] aduz:

---

[5] Conclui o raciocínio de Nucci, Greco Filho ao dizer que o raciocínio do juiz da pronúncia, então, deve ser o seguinte: segundo minha convicção, se este réu for condenado haverá uma injustiça? Se sim, a decisão deverá ser de impronúncia ou de absolvição sumária. (GRECO FILHO, Vicente. *Tribunal do júri*: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Coordenação de Rogério Lauria Tucci)

> O raciocínio é simples: o juiz da fase da pronúncia remete a julgamento em plenário o processo que ele, em tese, poderia condenar, se fosse o competente. Não é questão de se demandar certeza de culpa do réu. Porém, deve-se reclamar provas suficientes. Havendo a referida suficiência, caberá ao Conselho de Sentença decidir se condena ou absolve. [...] Não se remete ao Tribunal do Júri a causa perdida, aquela que juiz togado algum teria condições de julgar procedente, condenando o réu, desde que respeitadas a teoria da prova e o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais. (NUCCI, 2015, p. 87)

O presente artigo conclui que somente a pronúncia criminal respeitadora do princípio da presunção da inocência, princípio constitucional norteador de nosso ordenamento, é capaz de evitar, ao máximo, que um inocente seja submetido a julgamento pelo conselho de sentença.

Não se pode olvidar que ao Estado cabe indenizar o acusado submetido a processo penal sem justa causa (inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal), quando da ocorrência do erro judiciário

Conclui-se, que cabe ao Estado, portanto, a proteção ao indivíduo contra acusações maledicentes, interpretando o princípio do *in dubio do pro societate* como instrumento de garantia do devido processo legal e não de injustiça penal.

CONCLUSÃO

O Direito Processual Penal brasileiro tem vivenciado uma evolução que visa a concreção de um modelo garantista e democrático. Contudo o desenvolvimento do modelo de persecução penal ainda permanece arraigado a uma série de procedimentos que remontam ao século XIII, a exemplo da pronúncia criminal fundada em dúvidas ou incertezas lastreada no princípio *in dubio pro societate*.

A ausência de uma significação clara bem e de uma definição legislativa do termo "indícios suficientes" de autoria acabaram por tornar a decisão de pronúncia criminal em procedimento automatizado e sem critério, desprezando as consequências sociais e psicológicas advindas desta decisão em verdadeira antecipação do juízo de culpabilidade.

Espera-se que este estudo tenha contribuído para uma reflexão da pronúncia fundada num juízo de dúvida, destacando a necessidade urgente de respeitar-se a CF/88, bem como diplomas internacionais de garantia dos direitos humanos dos quais o país é signatário.

O princípio do *in dubio pro reo* e o do *in dubio pro societate* são naturalmente conflitantes, uma vez que instituem direitos prima facie, sendo o primeiro o de que o ônus da prova cabe ao acusador e o segundo de que ainda que não a acusação falhe em provar a culpa do réu deve-se decidir a favor da sociedade.

Subsumindo a teoria de Malatesta a estas reflexões, a única situação em que o princípio do *in dubio pro societate* mercê acolhimento seria o estado de probabilidade, em que os motivos convergentes são superiores aos divergentes. Contudo, jamais, na pronúncia criminal, pode-se utilizar da mera credibilidade, visto que não é suficiente a equivalência de motivos convergentes e divergentes da crença. Ainda mais inaceitável é se valor do improvável como subsídio para uma decisão de pronúncia.

Contudo sabido é que, na esteira do pensamento de Alexy e da teoria da proporcionalidade, um direito deve ser aplicado na sua maior medida possível, sendo esta medida determinada pelas variantes fato e direito. No caso da pronúncia, para que o princípio do *in dubio pro societate* esteja conforme o garantismo penal adotado pela ordem constitucional vigente, o aforisma deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, a qual se divide em adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

Sendo o objetivo da pronúncia perquirir acerca da suficiência de provas, a fim de viabilizar o exame válido da causa pelo conselho de sentença, justifica-se a aplicação do princípio *in dubio pro societate* no objetivo de assegurar a pretensão punitiva do Estado.

O princípio do *in dubio pro societate* deve ponderar entre os valores constitucionais protegidos como o princípio do *in dubio pro reo* e a competência do tribunal do júri e a satisfação da pretensão punitiva estatal. Na hipótese da suficiência de indícios de autoria, na dúvida, pronuncia-se o réu, respeitando, assim, a competência constitucional do júri, bem como o dever do Estado em garantir a aplicação adequada do Direito Penal. Entretanto, diante de dúvida infundada, ou seja, caso o magistrado não esteja convencido da suficiência de indícios de autoria, deverá decidir pela impronúncia, com base no brocardo *in dubio pro reo*.

Protege-se o núcleo do direito do indivíduo ao *in dubio pro reo* mesmo quando se aplica o princípio do *in dubio pro societate*.

Os prejuízos sofridos pelo acusado em ser réu numa ação penal não podem ser relevados a mero aborrecimentos. Não é esta a orientação constitucional

vigente, e por isso há que se estabelecer contraposição ao *jus puniendi*. O princípio do *in dubio pro societade* deve ser verdadeiro filtro capaz de minar a pronúncia quando da existência de apenas elementos precários, permitindo o prosseguimento somente diante da existência de elementos plausíveis e robustos para a satisfação do dever estatal na garantia da adequada aplicação do Direito Penal, com o fito de evitar prejuízos irreparáveis ao imputado, e, por conseguinte, ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. *Revista Liberdades, IBCCRIM*, São Paulo, n. 04, p. 26-30, maio/ago. 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesada. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Agenlis. 2. Reimpr. São Paulo: EDIPRO, 1999.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri*: Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88-89

DRAGO, Vinícius Ehrhardt Julio. *Aspectos dogmáticos da colaboração premiada*: instrumento legítimo ou afronta ou garantismo penal? 2016. 72 p. Monografia (Graduação) – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Disponível em: <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-16052017-145014/>. Acesso em: 20 maio 2018.

FENNOL, Jordi Nieva. *La Duda em el Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocência. *Revista para El Análisis del derecho. InDret*. Barcelona. Enemo, v. 1, p. 9, 2016.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocência. In*: Revista para El Analisis Del Derecho – InDret*. Barcelona. 01/2016. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: RT, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tradução de Paolo Capitanio.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, M. Z. D. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 662 p.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal*: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jalovi, 1983.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. Impronúncia: uma nódoa inquisitiva no processo penal brasileiro. In: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de (Coord.). *Ciências criminais*: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 253 p.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Pronúncia e o in dubio pro societate*. Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, v. 4, n. 45, 2002.

PRADO. Geraldo. *Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal*: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/?s=geraldo+prado+08%2F10%2F2016>. Acesso em: nov. 2017.

SILVA, Edimar Carmo da Silva; URANI, Marcelo Fernandez. Manual de direito processual penal acusatório: doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Evandro Lins e. Sentença de pronúncia. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 8, n. 100, p. Encarte AIDP, mar. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa *apud* PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. Acusar ou não acusar? In dubio pro societate é(?) a solução. *Uma perversa forma de lidar com a dúvida no processo penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/revista_4pronta-62-74.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. O arbítrio palavreado no processo penal: breve ensaio sobre a pronúncia e o "in dubio pro societate". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 74, p. 285/186, set./out. 2008.

A DISTORÇÃO DE TEORIAS PENAIS E SEUS EFEITOS RELATIVIZADORES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Rafael Santos Soares[1]

INTRODUÇÃO

A segunda década do século XXI ficou marcada no Brasil como o período em que, até então, mais ocorreram condenações por crimes econômicos e contra a Administração Pública. Um estudo apresentado em 14 de novembro de 2014 pelo Professor Francis Beck no II Congresso Luso-Brasileiro sobre o Estudo da Criminalidade Econômico-Financeira, já apontava um salto do número de condenações por crimes de colarinho branco de 44 (em 2000) para 325 (em 2012), representativo de um acréscimo de 638% em 12 anos[2]. Se incluirmos a operação Lava Jato nesse levantamento estatístico, devemos contabilizar mais 215 condenações contra 140 pessoas, envolvendo crimes licitatórios, financeiros, tributários, de corrupção e lavagem de dinheiro, organização criminosa, dentre outros, conforme dados do Ministério Público Federal atualizados até outubro de 2018[3].

Nessa década que se aproxima do fim, pelo menos dois grandes casos penais dominaram o noticiário nacional: a) a Ação Penal nº 470, que tramitou no Supremo Tribunal Federal e foi julgada em 2012; b) a operação Lava Jato, com origem na Justiça Federal do Paraná no ano de 2014 e que até os dias atuais

---

1 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado e Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

2 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/condenacao-crime-colarinho-branco-cresceu-638-12-anos>.

3 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>.

revela desdobramentos em vários Estados do Brasil e em outros países como Estados Unidos, Suíça, Argentina, Venezuela, Panamá e Peru.

Um balanço dessas operações pode aparentar, à primeira vista, que teriam ocorrido consideráveis melhorias nas estratégias de combate a corrupção e no aparato estatal de combate à criminalidade econômico-financeira[4]. Por outro lado, percebem-se contestações diversas e discussões que permearam diversos dos casos julgados nos tribunais com a utilização de teorias penais e processuais penais oriundas do direito estrangeiro, cuja aplicação revelou complicadores que vão desde sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro até a maneira controversa pela qual foram empregadas.

Como exemplos de materialização dessa controvérsia, no julgamento da Ação Penal nº 470 alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram a teoria do domínio do fato para sustentar a condenação de alguns denunciados por crimes de corrupção e formação de quadrilha. Posteriormente, nos processos da operação lava-jato, algumas sentenças demonstraram que o veredicto condenatório se baseou na importação da teoria da cegueira deliberada como instituto equiparável ao dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro.

O objetivo deste trabalho não é o de imiscuir-se na análise fático-probatória dos casos que foram objeto de estudo e tampouco afirmar o acerto ou desacerto das decisões a respeito do mérito das condenações proferidas. Para tanto, seria necessário um estudo aprofundado das provas e dos atos processuais realizados, o que seria inviável em um artigo desta natureza. O escopo da pesquisa é, portanto, limitado à verificação do modo pelo qual as teorias indicadas foram aplicadas pelos tribunais, utilizando-se como parâmetro o princípio da presunção de inocência.

Para a consecução da finalidade proposta optou-se por, preliminarmente, tecer breves apontamentos teóricos a respeito de cada teoria, buscando explicitar sucintamente em que elas consistem a partir de fontes doutrinárias para, em seguida, analisar como se deu sua utilização equivocada como argumento para a tomada de decisão, por meio da análise do discurso presente nas sentenças e acórdãos dos casos selecionados, tendo-se por parâmetro o conteúdo jurídico e as dimensões do princípio da presunção de inocência, expresso no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988.

---

[4] Exemplos disso são as alterações na lei de lavagem de capitais com a edição da Lei nº 12.683/2012, a criação de uma nova lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a lei de organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013) e os acordos de cooperação judiciária internacional entre países envolvidos na operação Lava Jato (Brasil, Suíça e Estados Unidos).

1. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E AÇÃO PENAL Nº 470 (STF)

A teoria do domínio do fato foi desenvolvida inicialmente por Hans Welzel na Alemanha em 1939 como desdobramento da sua teoria da ação finalista. Para o doutrinador, o conceito de autoria está diretamente ligado ao seu conceito de ação. Se a conduta penalmente relevante é o exercício de uma atividade final, o autor do fato punível seria aquele que detém o controle sobre os rumos da atividade criminosa. A característica central do autor é o "dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad"[5].

Desde a sua origem, a teoria do domínio do fato é um modelo teórico criado para estabelecer um critério mais seguro ou, nas palavras de Welzel, "objetivo", para se distinguir a autoria da participação criminosa, em contraposição às teorias subjetivas que predominavam na época e adotavam como base para tanto a intenção do agente[6]. Ao estabelecerem um critério diferenciador estritamente subjetivo, essas teorias, além de criarem uma dificuldade probatória na solução de casos concretos, também apresentam soluções questionáveis nos casos envolvendo mandante e executor[7]. De igual modo, a antiga ideia de autoria ligada à teoria formal-objetiva também se revelava insuficiente na medida em que o autor se confundia unicamente com a figura do executor da conduta nuclear do tipo penal e, com isso, não solucionava os problemas ligados à autoria mediata.

A aplicação da teoria na Alemanha ganha especial relevo ante a diferenciação, expressa no Código Penal daquele país, das penas de autor e cúmplice.

---

5 WELZEN, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Roque Depalma, 1956, p. 105.

6 Por essas teorias, autor seria o sujeito que "quer o fato como seu" e, assim, atua como *animus auctoris*, enquanto o partícipe deseja-o para terceiro (*animus socii*), prestando uma contribuição acessória à conduta do autor, principal.

7 Como aponta Luís Greco, com base nas premissas das teorias subjetivas, "considerou-se que poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, porque sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky, BGHSt 18, 87 [1962])". GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal*, p. 23-24. *In*: GRECO, Luis *et al*. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Em nosso ordenamento, a consagração de uma teoria monista, segundo alguns, reduz a importância dessa distinção.

Em 1963, a teoria do domínio do fato foi aprofundada por Claus Roxin, o qual a sistematizou de forma inovadora estabelecendo seus princípios, espécies e hipóteses de cabimento, manifestada em três situações: o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato[8]. Não se pretende aqui explicá-las ou trabalhar casos práticos envolvendo seus conceitos. O compromisso é de investigar de que maneira seu emprego pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470 representa ou não violação ao princípio da presunção de inocência.

Nas mais de oito mil páginas do acórdão de julgamento do caso, observam-se nos votos e manifestações esparsas, muitas constituídas de apartes e suscitadas nos debates como questões de ordem, diversas citações à teoria do domínio do fato pelos Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

A primeira observação sobre o caso nos conduz à conclusão de que, em diversas passagens, a teoria do domínio do fato (gênero) foi confundida com uma de suas espécies, a teoria do domínio da organização[9]. Quando os Ministros discutem questões relacionadas ao domínio do fato no âmbito de organizações societárias (bancos), partidos políticos ou estruturas organizadas de poder (governo), acabam por misturar elementos próprios da ideia de domínio da organização, como a questão relacionada à fungibilidade dos executores, aplicando-os a hipóteses inéditas de uma forma que nem mesmo o próprio Roxin havia cogitado[10].

---

[8] *Vide* ROXIN, Clauss. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

[9] Tal confusão teórica foi alertada por Alaor Leite em seu artigo "Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal." *In:* GRECO, Luis *et al*. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[10] V. ROXIN, Claus. El domínio de organización como forma independiente de autoría mediata. *In*: *Doctrina*. Trad. Justa Gómez Navajas. Universidad de Granada. Conferência pronunciada em 23 de março de 2006 na Universidad de Pablo Olavide, Sevilla, España. No fim do artigo, o próprio Roxin questiona se a teoria poderia ser aplicada aos delitos empresariais.

Ademais, o julgamento revelou a tentativa de criação de uma perigosa faceta da teoria: uma suposta dimensão processual, que teria o condão de gerar uma presunção automática de responsabilidade criminal pelo contrato social da pessoa jurídica. Após tecer considerações sobre a teoria do domínio do fato e incorrer em grave equívoco, a Ministra Rosa Weber afirmou:

> Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar o contrato social, ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa (fl. 52.775).
>
> *Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão*; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma *presunção juris tantum de autoria*. Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural. *Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime*, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como a referida desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador (fl. 52.776/52.777)[11].

Sem adentrar no mérito da decisão ou na análise probatória, é fato que a utilização da teoria pela Ministra Rosa Weber teve por consequência, expressamente admitida por ela, a substituição da presunção de inocência pela presunção "relativa" de responsabilidade dos dirigentes da empresa, a qual deve ser destituída pelo próprio acusado, pois a ele incumbiria o ônus de provar que não detinha o poder de mando ou de decisão.

A análise do discurso nos leva a conclusão de que, pelo cargo que ocupa, o réu deveria ter ciência das práticas ilícitas praticadas pelos administradores da pessoa jurídica e, eventual inércia, pode ser interpretada como omissão penalmente relevante. Ocorre que, como informa Alaor Leite, aos delitos

---

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília-DF, julgado em 17/12/2012, publicado no DJe-074 DIVULG 19/04/2013 PUBLIC 22/04/2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acessado em: 20/11/2018.

omissivos impróprios "aplicam-se as regras dos delitos de dever, para os quais a teoria do domínio do fato é, na formulação de Roxin, inaplicável"[12]. Para o autor, a verdadeira razão do recurso à teoria de Roxin no julgamento do mensalão não é o de propriamente distinguir autoria de participação criminosa, mas de "servir como fundamento da punição de sujeitos que gozavam de determinadas posições de comando".[13]

Atento aos sérios efeitos provocados pela invocação da teoria do domínio do fato, especialmente a violação à presunção de inocência, o Ministro Celso de Mello advertiu que o sistema jurídico brasileiro veda a responsabilidade penal objetiva, devendo dolo e culpa serem concretamente comprovados, não bastando, para tanto, referir-se a posição ocupada pelo acusado ou presumir sua responsabilidade em função de seu cargo:

> Cabe insistir na observação de que a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, licitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois – nunca é demasiado reafirmá-lo – *o princípio do estado de inocência*, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado[14].

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, revisor da ação penal em estudo, assinalou a respeito da teoria:

> Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra [...], o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada 'teoria do domínio do fato' [...]. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém[15].

---

[12] LEITE, Alaor. "Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal." Obra citada, p. 150.

[13] Op. cit., p. 151.

[14] Acórdão citado, fl. 56.819-56.820.

[15] Acórdão citado, fl. 56.565.

Tentando se justificar ou se defender das advertências, a Ministra Rosa Weber volta a sustentar a possibilidade de utilização processual da teoria do domínio do fato como argumento para se rechaçar a tese de inépcia da inicial por ausência de individualização da conduta do imputado.

O Ministro Gilmar Mendes reforçou a preocupação de seus pares com o elastério e a utilização indevida da proposta teórica, observou que "a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria".[16]

Peters ensina que o direito penal, por vezes, exerce uma força conformadora sobre o processo penal. Alaor Leite assinala, na mesma linha, que conformamos teorias jurídico-penais para obter, por exemplo, facilitações na produção da prova, pois quem normalmente seria absolvido por ausência de provas, também o deve ser mesmo com a incidência da teoria[17]. O autor ainda afirma que aludir à teoria do domínio do fato para concluir a favor da aptidão da denúncia constitui uma manipulação grosseira, porquanto jamais foi idealizada para tal finalidade e conclui seu trabalho afirmando que a teoria do domínio do fato foi utilizada de modo incorreto por diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal como argumento para suplantar a ausência de provas e para ampliar – e não limitar como seria o propósito inicial – o conceito de autoria, numa desvirtuação que acaba por dar origem a uma nova teoria: a do domínio pela simples posição ocupada pelo sujeito à época da ocorrência do fato criminoso[18].

Essa ideia é rechaçada também por Bernd Schünemann que propõe justamente a colocação da teoria do domínio por ele redesenhada como a única ferramenta capaz de evitar a responsabilização penal objetiva e limitar a imputação nos delitos de omissão imprópria[19].

---

[16] Acórdão citado, fl. 56.771.

[17] Op. cit., p. 160.

[18] Op. cit., p. 167-168.

[19] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 175.

2. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E OPERAÇÃO LAVA JATO

Nascida na Inglaterra no século XIX[20], a teoria da *willful blindness* ou cegueira deliberada transportou-se para os Estados Unidos[21] e chegou, mais recentemente, ao Brasil, onde foi aplicada no caso envolvendo o furto ao Banco Central[22], no próprio "mensalão"[23] e, posteriormente, com muito mais vigor, nos processos envolvendo a operação lava jato.

A teoria, em linhas gerais, propõe que responde pelo crime o sujeito que, tendo meios de aprofundar o conhecimento em uma situação na qual existe alta probabilidade de envolver um ilícito penal, escolhe deliberadamente permanecer ignorante, fechando os olhos para a realidade criminosa. Em outras palavras, a vontade consciente de evitar o conhecimento das circunstâncias fáticas equivale-se, para alguns, ao seu próprio conhecimento, fazendo com que o sujeito responda pelo delito. De acordo com a interpretação das cortes federais estadunidenses a respeito da seção 2.02.(h) do *Model Penal Code*, o elemento subjetivo denominado *knowingly*[24] é definido como "a consciência do indivíduo da alta probabilidade da existência do fato, a menos que realmente acredite que o fato não existe"[25].

---

[20] Caso Regina vs. Sleep, 1861.

[21] Aplicada pela primeira vez em 1899 no caso Spurr vs. United States, embora tenha se notabilizado no caso United States vs. Jewell, 1976.

[22] Embora tenha sido usada como fundamento em primeira instância, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região rechaçou a aplicação da cegueira deliberada por incompatibilidade com o tipo penal da lavagem à época e reformou a sentença para absolver os donos de concessionária de veículos acusados de receber R$980.000,00 em espécie e não terem procurado saber a origem da tal quantia.

[23] Os Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Luiz Fux e Ayres Britto utilizaram a teoria para sustentar a condenação de parlamentares que receberam vantagens indevidas por meio de pessoas interpostas e, assim, teriam escolhido permanecer cegos em face da origem ilícita dos valores recebidos.

[24] O *Model Penal Code* trabalha com quatro categorias de elemento subjetivo da conduta: purposal, knowledge, reckless e negligence. No Brasil só se conhece as figuras do dolo e da culpa (art. 18 do CP).

[25] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Model Penal Code, 1962. Section § 2.02 (h).

Essa circunstância, de acordo com Ira P. Robbins, é a gênese de um modelo processual no qual a acusação apenas tem de provar que o acusado reconhecia a probabilidade de existência do fato[26].

A teoria, mesmo com suas imperfeições e criticada nos países anglo-saxônicos, foi importada para o Brasil e acabou equiparada ao dolo eventual nos casos envolvendo a operação Lava Jato, conforme estudo de Renato de Mello Silveira[27].

Segundo reportagem veiculada pela Folha de São Paulo[28], ao menos 13 réus na operação foram condenados sem provas de que sabiam da corrupção (crime antecedente). Em alguns deles, recorreu-se justamente à teoria da cegueira deliberada para amparar o decreto condenatório.

Em um dos casos, o magistrado responsável pelo julgamento em primeira instância, indica que ambos não participaram da realização do crime antecedente[29]. Em seguida, afirma no ponto nº 371 da sentença:

> Aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe deliberadamente permanecer ignorante quanto à natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.[30]

O juiz também assevera, em outra passagem, que o homem de boa-fé deveria dizer a verdade quando perguntado sobre a aquisição ou recebimento

---

[26] ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction*: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *In*: *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol: 81. Issue 2 Summer. Northwestern University, School of Law, 1990, p. 194.

[27] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016.

[28] Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>. Acessado em: 01/12/2018.

[29] "Cumpre reconhecer que não existe prova segura de que (...) tenham participado dos próprios acordos de corrupção. Nem há afirmação nesse sentido da denúncia." BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ. 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. Juiz Sérgio Fernando Moro. Ação penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR. Data de julgamento: 02/02/2017, fl. 102. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>. Acessado em: 10/11/2018.

[30] Decisão citada, fls. 102-103.

de produtos ou bens de origem ilícita. Em outras palavras, pressupõe, basicamente, que a confissão é o que se espera de pessoas que se envolvem, ainda que fortuitamente, nesses casos.

E arremata sua decisão reafirmando que a assunção de uma postura intencional de ignorância é equivalente à figura do dolo eventual no delito de lavagem, ainda que não se tenha ciência concreta (como visto anteriormente) se a origem dos valores é lícita ou ilícita, já que existiria, na visão do magistrado, uma "alta probabilidade" da natureza delitiva dos ativos:

> 416. A postura de não querer saber e a de não querer perguntar caracterizam ignorância deliberada e revelam a representação da elevada probabilidade de que os valores tinham origem criminosa e a vontade realizar a conduta de ocultação e dissimulação a despeito disso.
>
> [...]
>
> 419. [...]. Mesmo tendo eles presentes esses riscos, persistiram na conduta delitiva, ou seja, receberam os valores, com ocultação e dissimulação. Tinha ainda condições não só de recusar o pagamento na forma feita, mas de aprofundar o seu conhecimento sobre as circunstâncias e a origem do dinheiro, tendo preferido não realizar qualquer indagação a esse respeito.
>
> 420. Assim, devem ambos ser condenados por crimes de lavagem de dinheiro, por nove vezes.
>
> 422. Está na hora de profissionais do marketing eleitoral assumirem a sua parcela de responsabilidade por aceitarem receber dinheiro não registrado e de origem e causa criminosa em campanhas eleitorais[31].

Não nos interessa aqui, discutir se há espaço, no cenário jurídico brasileiro para a encampação da teoria da cegueira deliberada ou se ela seria ou não uma figura equiparável ao dolo eventual. Tampouco se há ou não provas suficientes para a condenação. O objeto da pesquisa, como visto, é identificar se existe ou não possível infringência ao princípio da presunção de inocência na fundamentação vergastada.

Vejamos, na sequência, de que modo isso parece ter ocorrido nas fundamentações dos casos ilustrados.

---

[31] Decisão citada, fls. 103-110.

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O NECESSÁRIO CUIDADO NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A garantia à presunção de inocência integra o rol de direitos humanos de primeira geração, cuja origem no direito positivo contemporâneo remonta ao período pós-revolucionário francês do final do século XVIII, embora se credite a Ulpiano a afirmação de que "ninguém deve ser condenado por suspeitas, porque é melhor que se deixe impune o delito de um culpado que condenar a um inocente".[32]

Assim como a maioria dos direitos que não surgem do nada, a justificativa do nascimento da presunção de inocência reside na compreensão das barbáries e injustiças que permearam o funcionamento da Inquisição no medievo e na modernidade. O processo penal de matriz inquisitorial era caracterizado pela prisão cautelar (com o objetivo de manter o corpo do acusado à disposição dos juízes-instrutores para submissão à tortura e aos suplícios decorrentes da condenação), a presunção de culpa (o indício era interpretado como suficiente para deflagrar o procedimento cuja tendência seria confirmar a hipótese acusatória do inquisidor), a transferência do ônus da prova para o acusado (pois os instrutores eram pessoas dotadas de fé e autoridade quase inquestionáveis – as ordálias são exemplos disso)[33].

Como forma de reação a esses abusos, Cesare Beccaria escreveu em 1764 o opúsculo "Dos Delitos e das Penas", no qual defendia, "Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada".[34]

A reação dos teóricos iluministas ecoou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento escrito em 1789, no contexto da Revolução Francesa, o qual proclamava, em seu artigo 9º, que "todo homem é presumido inocente até o momento em que for declarado culpado; se for julgada

---

[32] No Direito Romano, Digesto 48, 19,5. OBIOLS TABERNER, Carlos. *Selecion de textos del Corpus Iuris Civile*. Barcelona: Colegio de Abogados de Barcelona, 1982, p. 181.

[33] TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 3-4.

[34] BECARRIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 37.

indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário deve ser severamente reprimido pela lei".[35]

Ao ser declarado como direito fundamental expresso no texto constitucional em 1988, a presunção de inocência passou à condição de princípio balizador do sistema processual penal, desdobrado em dever de tratamento do acusado ao longo de toda a persecução e regra probatória, pois

> Projeta seus efeitos como direito informador do sistema, desde a elaboração legislativa, controlando a constitucionalidade de leis eventualmente violadoras do conteúdo daquele direito fundamental, até a aplicação e interpretação normativa feita por órgãos do Executivo e, principalmente, do Judiciário[36].

Como regra de tratamento "o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação".[37] Assim, o princípio estabelece a necessidade de "reduzir ao mínimo as medidas restritivas de direitos do acusado durante o processo"[38], possuindo especial incidência na dimensão endoprocessual protegendo o imputado contra a aplicação de medidas cautelares abusivas ou a própria absurda execução provisória da pena, como adverte Felipe Martins Pinto em artigo dedicado ao tema[39].

Por outro lado, o princípio também possui uma vertente dedicada à gestão e valoração probatória, na medida em que submete o ônus da prova integralmente à figura do acusador. Ademais, ainda se presta, num viés externo ao

---

[35] "Tout homme étant presume innocent jusqu'a ce qu'il ait été declare coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de as personne, doit être sévèrement reprimée par la loi". FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ 8 Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acessado em: 30/04/2016.

[36] ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 250.

[37] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

[38] MONTAÑÉZ PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencial. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999, p. 40.

[39] PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. *In*: MARCHI JR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. (Org.). *Execução penal: constatações, críticas alternativas e utopias*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, v. 1, p. 79-104.

próprio processo, como fator limitante da publicidade opressiva ou estigmatização precoce.[40]

É precisamente na manifestação da garantia como regra probatória que se detém a análise. Nesse âmbito, a presunção de inocência assegura, em primeiro lugar, a possibilidade de inércia do indivíduo ante a acusação, pois o réu pode permanecer passivo ao longo da instrução, já que nada tem de provar quanto à sua inocência, a qual é presumida e somente pode desacreditada ante a apresentação de provas que demonstrem sua culpa.

De outro lado, em uma vertente menos recordada, porém igualmente relevante, está a implicação direta do princípio no momento valorativo da prova. De absolutamente nada adiantaria dizer que a carga probatória é exclusiva da acusação se, ao apreciá-las, o magistrado as distribui entre as partes, adotando premissas e conceitos equivocados, de modo a subverter esse ônus do acusador, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Como aponta Maurício Zanoide de Moraes "é no instante da motivação que se encontra o melhor momento para a aferição do respeito judicial àquele princípio constitucional".[41]

Interpretações e uso de teorias de maneira a tornar o imputado presumidamente culpado ou a transferir para ele o encargo de comprovar sua inocência representam manifestações de infringência ao princípio.

O cenário de recrudescimento estatal e o fortalecimento de uma cultura de democracia formal com supressão de direitos individuais refletem, inadvertidamente, na tentativa de legitimação do poder punitivo ao aplicar teorias oriundas de outros ramos do direito e até de outros países em violação à garantia constitucional da presunção de inocência. Mas não é só. Uma reflexão ligeira ilustra bem o fenômeno de que se está a tratar. Veja-se, por exemplo: a) a alegação de fé pública no depoimento de policiais como forma de conferir a elas maior relevo em detrimento da presunção de inocência[42]; b) o recurso cada vez mais frequente aos crimes de perigo abstrato nos quais não se exige a

---

[40] LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

[41] ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Op. cit., p. 481.

[42] PINTO, Felipe Martins; FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Da ilegitimidade dos atos probatórios realizados pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. *In*: *Duc in Altum*. Caderno de Direito, v. 4, p. 227-296, 2012.

comprovação do risco ao bem jurídico[43]; c) as presunções absolutas em direito penal[44]; d) a transferência do encargo de provar a licitude da posse do bem apreendido com o agente nos crimes patrimoniais;[45] e e) a miraculosa releitura da execução provisória da pena após condenação em segunda instância[46]. Todas são manifestações recentes da tendência relativizadora da presunção de inocência em nosso país que possuem em comum o ponto de partida ou uma fundamentação consistente no recurso a algum modelo teórico estranho ao direito processual penal.

Nos casos citados envolvendo a Ação Penal nº 470/STF e a operação lava jato, o resultado consistiu, como visto, na utilização (por vezes distorcida, é verdade) de teorias penais como ferramenta de inversão da principiologia processual. Daí resulta o problema da importação acrítica e inadvertida de um modelo teórico erigido sob as bases de outros ramos do direito ou até mesmo de outros ordenamentos jurídicos, que consagram outros princípios estruturantes e finalidades.

Perceba-se que não houve, nas decisões analisadas, preocupação em resolver questões prejudiciais que permeiam o próprio ônus argumentativo de se recorrer às teorias do domínio do fato e da cegueira deliberada. Certas indagações anteriores à sua aplicação pelos Tribunais permanecem irresolutas: a teoria é compatível com o modelo de processo penal (constitucionalmente orientado) brasileiro? Há outra teoria ou proposta argumentativa que a confronte? Por que eventual(is) crítica(s) à utilização da teoria não se aplica(m) ou não se sustenta(m)?

A teoria do domínio do fato subvertida em teoria do domínio pela posição hierárquica por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal encerra uma presunção de que o fato de ocupar cargos elevados ou de comando em estruturas organizacionais automaticamente torna o indivíduo corresponsável ou, no mínimo, consciente de todos os atos praticados em nome da pessoa

---

[43] GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[44] *Vide* Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça.

[45] STRECK, Lenio Luiz. *A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal:* os Tribunais Estaduais contra o STF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/ee47cd1a6221d6daebcdb32af1bc151a.pdf>. Acessado em: 19/09/2018.

[46] V. HC nº 126.292 e ADCs 43 e 44 / STF.

jurídica. Presumido o elemento cognitivo, tem-se a base para a imputação de crime omissivo impróprio doloso, porque a vontade de aderir à conduta criminosa do funcionário dar-se-ia mediante inação, em nítida violação à presunção de não culpabilidade.

Por outro lado, a cegueira deliberada, apesar de não presumir a ciência/conhecimento do indivíduo, equipara a ausência de providências à própria consciência da ilicitude do comportamento. A cegueira intencional, consistente no não saber proposital seria sinônimo do saber e deixar de agir. O fundamento ontológico para tal equiparação é um tanto quanto questionável, porque mesmo em nosso cotidiano vivenciamos inúmeros casos de cegueira intencional, como aponta Ragués I Vallés[47].

De igual modo, o Código Penal brasileiro, ao conceituar dolo eventual adota a teoria do assentimento, pela qual o agir doloso eventual pressupõe como elementares a previsibilidade concreta do resultado e a aceitação do risco de sua ocorrência. Não adotou, contudo, a teoria da probabilidade, pela qual atua com dolo eventual o sujeito que, mesmo sem representar mentalmente o resultado, decide praticar a conduta que apresenta alta probabilidade de ser ilícita. Leticia Burgel, sobre o tema, afirma que

> A utilização da teoria da cegueira deliberada acarreta uma inversão do que realmente deve ser analisado, uma vez que deixa de analisar o que o sujeito sabe, analisando apenas o que ele não sabe. Ora, é notório que o sujeito sempre poderá ter um conhecimento mais amplo e profundo do que tem sobre os fatos, no entanto isso não é suficiente para que ele possa ser responsabilizado pela prática do mesmo, do modo que interessa para fins de direito penal – o dolo – apenas o conhecimento que o agente tinha no momento, e não o que ele poderia ter[48].

Ainda sobre o tema, Badaró e Bottini advertem que:

> Caso se opte pela adoção da teoria cegueira deliberada, é importante que os contornos do instituto sejam conhecidos, para evitar que seu manejo inadequado enfraqueça a necessidade da demonstração da existência de

---

[47] RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *La ignorância deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

[48] BÜRGEL, Letícia. Análise crítica da aplicação da teoria da cegueira deliberada na ação penal nº 470. *In*: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. Orgs. *Direito Penal Econômico e Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 307.

> um vínculo doloso entre o ato de ocultação/dissimulação e o agente por ele responsável, para a tipicidade da lavagem de dinheiro [...].[49]

A conclusão de Spencer Toth Sydow, após analisar as decisões norte-americanas e a utilização dela pelo Tribunal Constitucional Espanhol é que o Brasil recebe a teoria da cegueira deliberada de modo "duplamente enviesado", pois "aplica uma doutrina proveniente de um outro sistema (*commom law*), [...] e que foi interpretada de modo raso e equivocado pelos Tribunais Espanhóis, que, por sua vez, possui também parcela de seu sistema diversa do nosso".[50]

Por último, cabe repetir uma das proposições iniciais deste artigo: não se está, de modo algum, a perquirir se há ou não provas que justifiquem a decisão dos juízes nos casos estudados e, tampouco, questionar se referidos acusados deveriam ou não ser condenados. A proposta crítica é restrita ao modo pelo qual se vem aplicando as teorias importadas de outros países, abrindo espaço para sua utilização de modo absolutamente controvertido, com possíveis reflexos mitigadores da garantia ao estado de inocência.

Apenas para ilustrar os riscos do problema apontado, a teoria do domínio do fato tem sido banalizada na imputação de crimes tributários a sócios administradores de pessoas jurídicas[51], enquanto a teoria da cegueira deliberada

---

[49] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 144.

[50] SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 215-216.

[51] Em caso que tivemos a oportunidade de atuar, uma das sócias de uma pessoa jurídica foi denunciada em três ações penais distintas por crime de sonegação tributária (art. 1º da Lei nº 8.137/1990) sob o argumento de que, pelo fato de figurar no contrato social como administradora da empresa, deteria o domínio do fato criminoso. Curiosamente, após instrução em um desses processos, o próprio Ministério Público reconheceu que apesar de figurar no quadro societário, a ré não administrava a empresa, motivo pelo qual pugnou por sua absolvição (Ações penais nº 0000152-42.2014.8.26.0589, 0000040-10.2013.8.26.0589 e 0000469-69.2016.8.26.0589, todas em trâmite na Comarca de São Simão/SP.

popularizou-se de tal modo a inverter o ônus da prova em delitos singelos como de tráfico de drogas[52], furto[53], receptação[54] e até descaminho[55].

Destarte, conclui-se que a importação e a utilização equivocada de teorias penais (como a do domínio do fato e da cegueira deliberada) acabam por reduzir o espectro de abrangência do princípio da presunção de inocência, invertendo o ônus probatório e fazendo com que o magistrado assuma uma interpretação fático-probatória que implique na assunção prévia de culpa do indivíduo em virtude das circunstâncias.

---

[52] EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA – CONDENAÇÃO – NECESSIDADE – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.
– Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar a ré a autoria do crime de tráfico de drogas, a condenação é medida que se impõe.
– É relevante pontuar que, segundo a teoria da cegueira deliberada, não fica eximido da responsabilidade o agente que ignora voluntariamente o próprio envolvimento em negócios escusos ou ilícitos.
– O conjunto probatório evidencia que a acusada sabia e permitia que em sua residência ocorresse a comercialização de drogas, inclusive por adolescentes.
– Decorrido o prazo prescricional entre a data do recebimento da denúncia até a do julgamento do presente acórdão condenatório, impõe-se declarar a extinção da punibilidade da apelada, pela prescrição da pretensão punitiva estatal. (TJMG – Apelação Criminal 1.0699.13.009524-2/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/02/2019, publicação da súmula em 22/02/2019)

[53] EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES (Réu Felipe)– Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa – Rejeitada – Teses defensivas analisadas e afastadas na decisão – Mérito - Aplicação do princípio da insignificância – Inviabilidade - Conduta do agente não minimamente ofensiva – Reconhecimento da figura privilegiada – Não acolhimento – Valor expressivo do bem aliado as demais circunstâncias – Condenação mantida – Pena e regime mantidos – RECEPTAÇÃO QUALIFICADA – Pleito de absolvição – Inadmissibilidade - Apelante preso em flagrante na posse da res furtiva – Inversão do ônus probatório do qual o acusado não se desincumbiu satisfatoriamente – Desclassificação para modalidade culposa – Impossibilidade - Dolo evidenciado – Teoria da cegueira deliberada – Pena e regime corretamente fixados – Substituição da pena inviável pela reincidência em crime patrimonial - Recursos não providos (TJSP; Apelação Criminal 0008979-08.2011.8.26.0408; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos – 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/06/2015; Data de Registro: 01/07/2015)

CONCLUSÃO

Assim como a teoria do domínio do fato, a teoria da cegueira deliberada não é uma teoria processual. Nos casos apresentados, no entanto, foram aplicadas como artifícios para, na visão de alguns, suprir a ausência ou superar a dificuldade probatória por parte dos órgãos persecutórios criminais. Independente do acerto ou não das críticas, o fato é que a motivação das decisões apresentadas acaba por estabelecer precedentes perigosos ao princípio da presunção de inocência.

Em síntese, verificada a limitação para se comprovar a emissão de uma ordem determinando a prática do ilícito ou mesmo o simples conhecimento das circunstâncias fáticas que circundam a prática da ação delituosa, vale-se da maior facilidade proporcionada por modelos teóricos não processuais penais, os quais propõem, de uma certa maneira, a inversão do ônus probatório ou, no mínimo, reduzem o grau de exigência probatória necessário para a condenação do acusado. Assim se observou na Ação Penal nº 470/STF e no caso destacado na operação lava jato.

Poder-se-ia reputar ao desconhecimento dos órgãos julgadores a raiz do problema. Outros, talvez, irão preferir acusar os magistrados de inquisidores de toga. Fato é que num artigo científico não há espaço para conjecturas de tal natureza. A realidade objetivamente constatável pode nos fornecer uma série de outras causas para o problema aqui identificado. Estudá-las e compreendê-las pode ser a chave para abrir as portas para um modelo processual penal genuinamente condizente com a Constituição da República e com os direitos humanos.

Veja-se, a título de exemplo, a cultura da interdisciplinaridade e da ponderação de princípios fomentada, em geral, nos cursos e eventos jurídico-científicos. Aplicados ao processo penal inadvertidamente não favorecem a proposta flexibilizadora de garantias processuais penais? Não é lugar comum dos universitários e operadores do direito a fala de que "o direito é um sistema", "o ordenamento é dialético" e que "a interpretação de cada ramo do direito não pode ser feita de modo hermético"? É incorreto dizer que esse tipo de pensamento contribui consideravelmente para que o juiz decida um caso penal valendo-se de uma teoria do direito civil, ou tomando de empréstimo uma teoria pensada para o direito administrativo, em contraposição aos princípios específicos do direito processual penal? A título de exemplo, a existência de

uma teoria geral do processo é apontada, por muitos[54], como fator responsável pela confusão epistemológica do processo civil com o processo penal, reduzindo esse a um mero instrumento, a serviço do Estado, para a imposição de pena. Deste modo, eventuais vícios processuais, que deveriam acarretar nulidades por violação aos princípios básicos do funcionamento do processo penal, acabam relegados à condição de meras irregularidades ou atos sem maiores consequências[55-56].

Outrossim, a ideia crescente de que os "princípios são fluidos" ou de que os direitos fundamentais são "ponderáveis caso a caso" também é fator de incremento da cultura de flexibilização de garantias constitucionais. Não se sabe nem mesmo se a teoria da ponderação de Robert Alexy seria aplicável ao processo penal nos moldes pelos quais vem sendo utilizada[57].

Não há solução fácil para o problema. A importação de teorias estrangeiras para solucionar casos complexos no país pode transparecer certo grau de sofisticação e atenção às novidades produzidas nos países desenvolvidos para resolver graves problemas de delinquência econômico-financeira. Contudo, além de não serem propriamente "novas", deve-se ter extrema cautela em sua utilização, porquanto pensadas para outros sistemas jurídicos.

Toda teoria é, no fundo, desenvolvida inicialmente para atender a uma classe de problema, em uma determinada realidade (nesse caso, dada pelo

---

54 V. JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

55 SOARES, Rafael Santos. *Nulidades no processo penal*: entre a relativização das formas e a proteção aos direitos fundamentais do imputado. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

56 Some-se isso ao problema estrutural de as carreiras jurídicas estarem disciplinadas de maneira que, desde o princípio, o juiz é colocado em uma situação na qual se transforma em um intérprete generalista, responsável por julgar casos de todas as espécies e naturezas nas comarcas de primeira entrância ou nas subseções judiciárias das comarcas menores ou do interior. Quando alçado à Desembargador ou Ministro, inexiste vinculação com a área na qual atuava. O juiz da vara de família se torna desembargador de câmara criminal e o magistrado da vara da fazenda pública é escolhido para compor câmara cível. Tudo isso contribui, em maior ou menor medida, para o problema apontado.

57 Em trecho de seu voto na ação de habeas corpus nº 95.009/SP, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, criticou severamente a aplicação do princípio da proporcionalidade como método de ponderação de princípios no processo penal. Segundo ele, relator do acórdão, essa ideia encerra-se na máxima de que "não existem direitos absolutos" e, assim, "se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional" (HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18/12/2008 PUBLIC 19/12/2008).

ordenamento jurídico que a recepciona). Sua utilização inadvertida leva às distorções e as consequências aqui apresentadas.

Se ao invés de se interpretar o processo penal à luz de teorias penais estrangeiras se aplicasse tais teorias interpretadas à luz da Constituição e seus princípios, nenhum perigo correr-se-ia. Se ao invés de se enxergar o sistema do livre convencimento motivado como uma porta escancarada para a passagem de qualquer retórica jurídica sofismática, se estabelecesse critérios racionais e parâmetros para a valoração da prova calcados nos princípios da Constituição da República, menor seria o gravame.

Assim é que, neste artigo, conclui-se pela defesa a projeção do princípio da presunção de inocência como regra probatória na condição de critério balizador da interpretação e valoração das provas no processo penal. Tal projeção, muito além da simples fórmula já consagrada do *in dubio pro reo*, deve contornar a atividade valorativa da prova no processo penal. Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência não se resume, como regra probatória, a uma regra de julgamento, constituindo-se, também, como parâmetro para a fundamentação da decisão na apreciação das provas produzidas e das teses articuladas pelas partes da relação processual.

Ora, o fato de se ter consagrado o sistema do livre convencimento motivado não permite ao juiz adotar entendimentos que coloquem o imputado numa condição de presumidamente responsável criminalmente ou, tampouco, de se dispensar a prova do elemento subjetivo de sua conduta.

Nesse sentido, o reconhecimento do direito à presunção de inocência obriga-nos a entender de outro modo o sistema da livre persuasão racional ou da livre apreciação da prova[58], pois, "o controle da valoração da prova será mais acertado quanto mais claros sejam os critérios racionais aos quais há de submeter-se dita atividade".[59]

---

[58] MONTAÑÉZ PARDO, Miguel Angel. Op. cit., p. 124.

[59] LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. 1. ed. Madri: Iustel, 2005, p. 255.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECARRIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília-DF, julgado em 17/12/2012, publicado no DJe-074 DIVULG 19/04/2013 PUBLIC 22/04/2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 20/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18/12/2008 PUBLIC 19/12/2008.

BRASIL. Justiça federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. Juiz Sérgio Fernando Moro. Ação penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR. Data de julgamento: 02/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-joao-santana-cegueira.pdf>. Acessado em: 10/11/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0699.13.009524-2/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/02/2019, publicação da súmula em 22/02/2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Criminal 0008979-08.2011.8.26.0408; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos - 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/06/2015; Data de Registro: 01/07/2015.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. ACR 5012479-43.2014.4.04.7002, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 28/04/2016.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO. PROCESSO: 00111923120104058300, ACR – Apelação Criminal – 11.636, DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 21/07/2015, PUBLICAÇÃO: DJE – Data: 06/08/2015.

FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. Orgs. *Direito Penal Econômico e Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ 8 Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acessado em: 30/04/2016.

GRECO, Luis *et al*. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luis *et al*. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEITE, ALAOR. "Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal." *In*: GRECO, Luis et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. 1. ed. Madri: Iustel, 2005.

MONTAÑÉZ PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocencia*: análisis doctrinal y jurisprudencial. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.

OBIOLS TABERNER, Carlos. *Selecion de textos del Corpus Iuris Civile*. Barcelona: Colegio de Abogados de Barcelona, 1982.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. *In*: MARCHI JR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. (Org.). *Execução penal: constatações, críticas alternativas e utopias*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, v. 1.

PINTO, Felipe Martins; FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Da ilegitimidade dos atos probatórios realizados pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. In: *Duc in Altum*. Caderno de Direito, v. 4, p. 227-296, 2012.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *La ignorância deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction*: deliberate ignorance as a criminal mens rea. In: Journal of Criminal Law and Criminology. Vol: 81. Issue 2 Summer. Northwestern University, School of Law, 1990.

ROXIN, Clauss. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ROXIN, Clauss. *El domínio de organización como forma independiente de autoría mediata*. In: Doctrina. Trad. Justa Gómez Navajas. Universidad de Granada. Conferência pronunciada em 23 de março de 2006 na Universidad de Pablo Olavide, Sevilla, España.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016.

SOARES, Rafael Santos. *Nulidades no processo penal*: entre a relativização das formas e a proteção aos direitos fundamentais do imputado. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal:* os Tribunais Estaduais contra o STF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/ee47cd1a6221d6daebcdb32af1bc151a.pdf>. Acessado em: 19/09/2018.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

WELZEN, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.