

**ESMEC – ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO
CEARÁ
PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO PENAL**

LEOPOLDINA DE ANDRADE FERNANDES

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO
BRASILEIRO**

**FORTALEZA/CE
2017**

LEOPOLDINA DE ANDRADE FERNANDES

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à ESMEC, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Pós-Graduanda em Direito.

Orientador: Professor Mestre Teodoro Silva
Santos.

**Fortaleza/CE
2017**

LEOPOLDINA DE ANDRADE FERNANDES

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à ESMEC, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós-Graduanda em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Professor Mestre Teodoro Silva Santos

Presidente

Professor

1º Examinador

Professor

2º Examinador

FERNANDES, Leopoldina de Andrade. **O princípio da presunção de inocência no direito brasileiro**. Monografia (Pós-graduação em Direito) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2017.

RESUMO

Este trabalho de pesquisa acadêmica propõe-se a analisar, com base legal, doutrinária e jurisprudencial, o conteúdo jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência, que se constitui no direito fundamental de cada cidadão de não ser considerado culpado senão após sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal. Propõe-se, ademais, uma reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. Para tanto, aborda-se, de início, a evolução histórica da presunção de inocência, em cotejo com os ideais jus filosóficos vigentes à época do iluminismo e das diversas escolas penais italianas, passando, em seguida, a analisá-la à luz do Direito estrangeiro. Ato contínuo, examina-se a extensão de sua aplicabilidade tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no texto constitucional de outros países, com ênfase nas nações com longo histórico democrático e de respeito aos direitos fundamentais de seus cidadãos, e toda a discussão em torno de sua adequada terminologia. Após, desloca-se o eixo de pesquisa para o Brasil, analisando-se o trabalho do legislador constituinte acerca do tema, bem como a natureza jurídica da norma constitucional. Em sequência, confronta-se o efeito suspensivo nos Recursos Especial e Extraordinário com a possibilidade de execução provisória da pena. Analisa-se, por fim, o conteúdo jurídico da presunção de inocência, em especial no que tange às regras dele derivadas (probatória e de tratamento), e as questões práticas discutidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a constitucionalidade de certas previsões determinadas pela legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Princípios do processo penal; Presunção de inocência.

ABSTRACT

This academic research work proposes to analyze, based on the law, doctrine and jurisprudence, the legal content of the constitutional innocence presumption principle, which is the fundamental right of every citizen not to be considered guilty until the final judgment at the end of due process. It is proposed, moreover, a reflection on (a) the scope of the innocence presumption principle combined with (b) search for a necessary balance between this principle and the effectiveness of the criminal judicial function, which must meet the values that are important not only to accused but also to society, given the reality of our intricate and complex criminal justice system. Therefore, it is approached in the beginning, the historical evolution of the innocence presumption, in comparison with the jus philosophic ideals present at the time of the Enlightenment and the several Italian criminal schools, then analyzing it in the light of foreign Law. Subsequently, it examines the extent of its applicability in both the Brazilian law and the constitution of other countries, with an emphasis on countries with a democratic long history and respect for the fundamental rights of its citizens, and the whole discussion around its proper terminology. After, the research axis is moved to Brazil, analyzing the work of the constitutional legislator on the subject, as well as the legal nature of constitutional rule. In sequence, it is confronted the suspensive effect on Special and Extraordinary appeals with the possibility of the sentence provisional execution. It is analyzed, finally, the legal content of the innocence presumption, particularly in relation to the rules derived from it (evidential and of treatment), and the practical issues discussed in doctrinal and jurisprudential framework on the constitutionality of certain predictions determined by infra constitutional legislation.

Keywords: Fundamental rights; Principles of criminal proceedings; Innocence presumption.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
2.1 DA PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA FRANÇA PÓS-ILUMINISTA.....	18
2.3 ESCOLA POSITIVA E A REJEIÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	22
2.4 ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA ITALIANA: REJEIÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCORRÊNCIA E A CRIAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	26
2.5 CRÍTICAS AO PENSAMENTO DESENVOLVIDO PELAS ESCOLAS PENAS ITALIANAS.....	30
2.6 CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO PÓS-GUERRA.....	32
3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES DE OUTROS PAÍSES ..	34
3.1 CONSTITUIÇÕES EUROPEIAS.....	34
3.2 CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO NORTE.....	40
3.3 CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL.....	42
4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	45
4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: A ESCOLHA MATERIAL DO LEGISLADOR CONSTITUINTE.....	45
4.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, REGRA OU PRINCÍPIO?.....	51
4.2.1 A eficácia normativa dos princípios: do jusnaturalismo ao pós- positivismo.....	52
4.2.2 Regras e princípios: critérios distintivos.....	56
4.2.3 Presunção de inocência e sua estrutura normativa de princípio.....	62
5 O STF E A EXTENSÃO OBJETIVA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	68
5.1 ANÁLISE CRÍTICA DA POSIÇÃO ADOTADA PELO STF NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 84.078-7/MG.....	73
5.2 MUDANÇA DE PERSPECTIVA: A EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	89
5.2.1 A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa: a presunção de inocência no âmbito da Justiça Eleitoral.....	92
5.2.2 A proposta de Cesar Peluso: a PEC dos recursos.....	93
5.2.3 O <i>habeas corpus</i> 126.292/SP.....	98
6 INFLUXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PENAL	108
6.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA (OU DE JUÍZO).....	108
6.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO.....	110
6.3 QUESTÕES PRÁTICAS.....	111
6.3.1 Inversão do ônus da prova e medidas cautelares no processo penal.....	112
6.3.2. Possibilidade de ser considerado registro criminal pertinente a processo a que responde o acusado sem trânsito em julgado de decisão condenatória na dosimetria da pena.....	113
6.3.3 Constitucionalidade do artigo 118, I, da Lei Federal nº 7.210/1984: regressão de regime carcerário em consequência da prática de crime doloso.....	114
6.3.4 Revogação do benefício da suspensão condicional do processo em razão da prática de outro crime.....	116
6.3.5 Presunção de inocência no âmbito do processo administrativo.....	117
6.3.6 Apresentação do preso pela polícia.....	119

6.3.7 A questão tratada na Justiça Militar.....	129
7 CONCLUSÃO.....	131
REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

A teoria processual, tradicionalmente, retrata o processo penal como fórmula de resolução de lides penais que, a partir da modernidade e da consagração cada vez mais enfática de direitos fundamentais nas Constituições, procura equalizar a tensão produzida por duas pretensões conflitantes: de um lado a pretensão punitiva do Estado, que se manifesta pela atividade dos órgãos responsáveis pela persecução penal e que pretende, ao final, a imposição de uma pena ao acusado; ao passo que, do outro lado, existe a pretensão do acusado de manter o seu *status libertatis*, esgrimindo, para tanto, as garantias previstas pela Constituição e pelas leis processuais e que funcionam como limites para o exercício da pretensão punitiva do Estado.

Esse tipo de apresentação da estrutura processual tende a representá-la a partir de uma metáfora matemática que possui na imagem da balança sua figuração: o processo penal, assim, efetua uma espécie de sopesamento entre o *jus puniendi* e o *status libertatis*. Compreensível, portanto, a tarefa hercúlea dos Tribunais para compor todos os interesses sociais, políticos e econômicos utilizando um sistema legal que sempre parece estar à beira do colapso.

No entanto, observa-se que, ao contrário do que afirmado na plêiade de manuais que existem para descrever o fenômeno processual penal, o conflito se dá entre direitos fundamentais: a segurança da sociedade, de um lado, e a liberdade, a honra e a imagem, do outro lado. Logo, não é adequado afirmar que o conflito de interesses no processo penal confronta bens de caráter coletivo e individual, vez que o interesse no resguardo dos direitos fundamentais será sempre de âmbito coletivo, de todos os integrantes do corpo social, na perspectiva objetiva de tais direitos.

Um fator instigante é que, no meio dessa “operação matemática” que afere pesos e medidas, pode acontecer da balança pender com mais força ora para o lado do punitivismo estatal, ora para o lado da esfera ilimitada do acusado. Nessa perspectiva, tanto o excesso de punitivismo quanto a deficiência no desempenho da persecução criminal, conduz o ambiente processual para um lugar do não direito.

Deste modo, toda vez que se confere peso demais para a imposição da punição ou peso demais para as garantias do acusado, acaba-se por conduzir a discussão para um espaço de identificação sobre o sentido do direito.

Esse tipo de aproximação do processo que tende a pesar mais um dos lados que o outro (e que, no mais das vezes, depende de convicções pessoais do intérprete, quais sejam, sua ideia de Estado; sua concepção de pena; o modo como ele encara a sociedade etc.) é que produz aquilo que se costuma denominar de ideologização da teoria processual.

Assim, como será demonstrado no momento da análise das escolas penais, o enquadramento teórico do processo penal acaba por depender do vínculo ideológico que existe no momento de composição do quadro teórico professado pelo autor. Dito de outro modo, a teoria passa a depender, excessivamente, de traços subjetivos que compõem o universo pessoal do intérprete-autor de modo que, se sua formação o leva a encarar o fenômeno com o pendor mais punitivista, tende a retratar o processo de modo a tornar mais pesado o braço punitivo do Estado; ao passo que, em se tratando de alguém que encara o processo em uma perspectiva mais “garantista”, tende a construir uma abordagem que – com algumas ressalvas – poderia ser chamada de *minimalista*, de retração do punitivismo estatal.

Isso é particularmente interessante porque, atualmente, é possível dizer que predomina no ambiente processual brasileiro a concepção “garantista” do processo. Qualquer posicionamento que se mostre favorável à flexibilização do princípio da presunção de inocência, confrontando-o com outros valores e princípios também de ordem constitucional, é duramente criticado por representarem uma posição retrógrada, conservadora ou, até mesmo anticivilizatória.

Nesse contexto, há uma exigência de unidade e integração a ser cumprida pela Constituição, num âmbito normativo em que valores e princípios com diferentes origens históricas e com dessemelhantes funções institucionais devem coexistir e ser compatibilizados dentro de uma base material pluralista. A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente.

Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tratou de conferir um alto grau de verossimilhança. É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados, mediante soluções históricas e contextualizadas que permitam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado.

A missão do direito processual penal vigente é responder ao momento histórico atual, não descurando a luta contra a criminalidade e oferecendo, simultaneamente, uma ampla proteção à pessoa acusada, própria de um Estado de Direito.

Nessa ordem de ideias, o presente trabalho apresenta como objetivo demonstrar que a interpretação polarizadora do fenômeno processual, que acaba por encarar a questão das garantias de forma unilateral (de que elas serviriam sempre para favorecer o acusado) merece uma análise crítica. Afinal, se é verdadeiro que a nossa libertação – através do direito penal

moderno – das masmorras medievais representou um marco do processo civilizador, também é certo que a punição, imposta nos trilhos estritos do devido processo legal, representa um ato civilizatório.

Se a Constituição Federal é o ponto de partida para a análise do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá se assentar sobre fórmulas rígidas e pela simples análise pura, literal, dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição). Há se buscar o conteúdo da norma, sua essência.

A compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há realmente novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal.

Por esse espectro, importa que, diante de uma Constituição que preveja, mesmo que de forma implícita, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizarem os contornos integrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica, do sistema garantista.

Especificamente em relação ao tema da execução provisória de sentenças penais condenatórias, propõe-se uma reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

A proposta é analisar o conteúdo jurídico do princípio constitucional da presunção de inocência, que, na literalidade do texto constitucional, constitui o direito fundamental de cada cidadão de não ser considerado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, confrontando-o com outros interesses também de ordem constitucional, a exemplo da razoável duração do processo, da efetividade da jurisdição e da segurança pública.

Com o escopo de cumprir o objetivo exposto, divide-se a obra em cinco capítulos principais, os quais serão a seguir sucintamente descritos. Aborda-se, de início, a evolução histórica da presunção de inocência, em cotejo com os ideais jusfilosóficos vigentes à época do iluminismo e das diversas escolas penais italianas, passando, em seguida, a analisá-la à luz do direito comparado.

Em seguida, examina-se detidamente a extensão de sua aplicabilidade tanto no ordenamento jurídico pátrio como no texto constitucional de outros países, com ênfase nas Nações com longo histórico democrático e de respeito aos direitos fundamentais de seus cidadãos, e toda a discussão em torno de sua adequada terminologia.

Após, desloca-se o eixo de pesquisa para o Brasil, analisando-se detidamente o trabalho do legislador constituinte acerca do tema, bem como a natureza jurídica da norma constitucional.

Em sequência, confronta-se o efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário e a forma como o Supremo Tribunal Federal tratou o tema no julgamento dos habeas corpus 84.078/MG e 126.292/SP, tentando-se extrair de ambos os julgados suas prováveis consequências.

Será constatado que esses dois julgados foram norteados, primeiramente, pela literalidade da redação constitucional da presunção de inocência. Num segundo momento, com a mudança de posicionamento da Corte, enxergou-se a necessidade de conformação da presunção de inocência com dispositivos legais consagradores de outros direitos fundamentais, a exemplo da duração razoável do processo e da efetividade da jurisdição.

Por último, propõe-se o presente trabalho a analisar o conteúdo jurídico da presunção de inocência, em especial no que tange às regras dele derivadas (probatória e de tratamento), e as questões práticas discutidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a constitucionalidade de certas previsões determinadas pela legislação infraconstitucional.

No afã de facilitar o trabalho de compreensão do leitor acerca de alguns pontos relacionados à teoria dos direitos fundamentais, enfatiza-se, já neste momento, que esta obra segue a dogmática preconizada pela *teoria dos princípios*, sobretudo na forma desenvolvida por Alexy, pela qual a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

Também como consequência lógica dessa escolha, além de uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, há a aceitação da teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, bem como a aceitação da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As restrições a direitos fundamentais ocorrem exatamente porque dois ou mais princípios se chocam. E a solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos. Logo, a partir da consolidação da ideia de que todo direito fundamental é restringível, coloca-se em xeque a tradicional distinção das normas

constitucionais, quanto à sua eficácia, em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada: se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos.

O leitor deve ser advertido, por fim, que as expressões presunção de inocência e de não culpabilidade serão tratadas nesta obra como sinônimas, sem que esta deixe de demonstrar, no entanto, que tais expressões foram concebidas por ideologias totalmente antagônicas, sejam nos aspectos jurídicos, políticos ou filosóficos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Um estudo das matrizes históricas de um instituto, segundo a sempre lúcida lição de Maurício Zanoide de Moraes, só se justifica se dela puder extrair razões reveladoras de sua atual importância e dirimir confusões ou ampliar sua área de incidência porventura suprimida ou abrangida por outro instituto correlato. Ao se tratar do âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência, somente com essa reconstrução é que será possível minuciar debates doutrinários e juspolíticos que vêm sendo deixados para trás ou mesmo omitidos desde a promulgação da atual Constituição Federal¹.

2.1 DA PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Praticamente no final do século XVIII, com o advento do Iluminismo, reina no continente europeu a necessidade de reagir contra o processo criminal até então vigente, de cariz marcadamente inquisitório, de base romano-canônica, vigente desde o século XII e que se encontrava moldado de forma a adequar-se ao Estado com pretensão de sobrepor a sua autoridade à liberdade individual do cidadão.

O sistema processual inquisitório caracterizava-se pela atribuição a um único órgão – o juiz – das funções de investigação, acusação/instrução e defesa, ocupando uma posição de inquestionável autoridade sobre o acusado, que aparecia desnudado de quaisquer garantias. Era um processo escrito, secreto e em grande medida sem contraditório.

Nele havia lugar para a denúncia secreta e a mais tênue suspeita poderia dar azo à instauração de um processo criminal contra o acusado que tinha, desde o início, sobre si, uma presunção de culpabilidade, com consequências não só ao nível probatório, como também ao nível do tratamento que lhe era dispensado durante a tramitação do processo.

Foi com Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, que surgiu a primeira reação consistente contra o sistema inquisitório. Conforme ressaltado pelo Professor André Mauro Lacerda Azevedo, tal obra foi marco para a ciência criminal, quando estabeleceu os postulados daquilo que hoje se chama direito penal moderno, em que se busca limitar e condicionar o poder de punir do Estado, protegendo o indivíduo contra o arbítrio da atuação estatal².

Humanistas anteriores e contemporâneos a este autor, a exemplo de Montesquieu e Voltaire, já advertiam acerca da necessidade de se operar uma ruptura com a mentalidade vigente à época. No entanto, não se pode deixar de enxergar na obra de Beccaria o despontar

¹ 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. 01.

² AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O Princípio da Presunção de Inocência**, 2004, 100p. Monografia do Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia na Universidade Potiguar – UNP.

de um processo penal oposto ao inquisitório, porque reativo em relação a ele, e, simultaneamente, ponto de partida para um estudo da presunção de inocência enquanto ábsono do princípio da culpabilidade, sobretudo no que diz respeito ao tratamento a ser dispensado ao réu.

Quanto à presunção de inocência, erigida em direito cívico do cidadão, assinalava Beccaria que “um homem não pode ser chamado réu 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”³. Assim, com uma visão além de seu tempo, o pensador italiano já alertava que a absolvição do acusado não limpava a mancha lançada a sua honra, porque ele era misturado no cárcere aos condenados e porque a prisão antes da condenação, ao invés de ser uma custódia do réu, antes era um suplício, assim como era a própria pena de prisão.

Como observado por Walter Nunes da Silva Júnior, o direito de não ser declarado culpado enquanto ainda havia a dúvida sobre a inocência do réu, preconizado por Beccaria na sua obra editada em 1764, foi, dois anos depois, inserido no artigo 8º, última parte⁴, da Declaração de Direitos da Virgínia, o que, segundo o doutrinador potiguar, não se tratou de mera coincidência, mas uma sinalização evidente de que a obra de Beccaria era conhecida e serviu de paradigma para os notáveis do Estado da Virgínia⁵.

A presunção de inocência também passou a constar na declaração de direitos fundamentais da Constituição americana de 1987, na Quinta Emenda, onde está dito que “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri...”. Para além da literalidade, a essência do enunciado baseava-se na presunção de que todos devem ser considerados legalmente inocente até que seja provada a sua culpa⁶.

Dado o enorme sucesso que a obra de Beccaria obteve na Itália, depressa se difundiu na França, onde um conjunto de pensadores iluministas se manifestava contra a Ordenança Criminal de 1760, fundada no sistema inquisitorial de processo. Nessa ordem de ideais, os reformadores iluministas perceberam que o sistema criminal até então vigente era fonte de abusos e desmandos, servindo o processo penal apenas como instrumento de exercício do poder estatal para imposição de seus desígnios e controle daqueles apontados como opositores do sistema.

³ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos Delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

⁴ “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito... de ser julgado com presteza por um júri imparcial..., o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros...”. Na visão de Walter Nunes da Silva Júnior, a última parte denota que o que foi assegurado ao agente foi o direito de não ser considerado culpado, senão por meio de uma decisão tomada à unanimidade pelo tribunal do júri.

⁵ JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional do processo penal)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 530.

⁶ *Ob. cit.*, p. 531.

A este propósito, cumpre destacar o filósofo francês Voltaire, que, sensível à iniquidade do modelo de processo penal da época, e bastante influenciado por Beccaria, defendia que a prisão preventiva, tal como a tortura, não poderiam ser vistas como penas antecipadas, reclamando, em consequência, a redução da utilização da primeira e a abolição da segunda. Na sua visão, a utilização da prisão preventiva e da tortura, nos moldes aplicados à época pelo poder judicial, levavam ínsita uma forma de tratar o suspeito equivalente a tratá-lo como culpado⁷.

Insurgindo-se contra o predomínio do poder central em total descomprometimento com os interesses dos cidadãos, os pensadores dessa nova corrente filosófica entenderam que o ser humano não deveria mais ser visto como inimigo do Estado, mas como fonte e destino de seu poder, ou seja, como início e fim do agir estatal.

Assim, de acordo com essa nova postura jusfilosófica, qualquer agir estatal que não tivesse em vista a mais profícua ação em favor do indivíduo se deslegitimaria na origem, pois o Estado agiria em interesse próprio ou contra o indivíduo, desmerecendo o quê a ele o cidadão conferiu.

Observa-se, pois, com o iluminismo, a passagem do modelo de Estado idealizado por Machiavel, centrado na autoridade advinda de um direito natural ou hereditário, a qual era exercida sem limites e em prejuízo do cidadão, para o modelo de Estado contratualista, segundo a qual este passa a ser fruto da vontade social, exaltando o papel primordial do indivíduo, exatamente por ter renunciado parte de sua liberdade natural em favor de um ente organizado (Estado) que fosse capaz de garantir uma vida plena a cada indivíduo⁸.

Essa nova base ideológica de valorização do indivíduo, como observa Maurício Zanoide de Moraes,

vai de encontro aos preceitos religiosos, por pressupor um indivíduo não mais como uma pessoa má e sempre tendente ao crime (pecado), mas, ao contrário, um ser, em regra, bom, sendo seu atuar criminoso uma exceção. Vai de encontro aos desígnios monárquicos, porquanto não considera mais legítima o exercício do poder derivado de um direito hereditário, passa a justificá-lo como derivado da soma de poderes de

⁷ As palavras de Voltaire são sugestivas quando se refere ao acusado submetido a tortura: “A lei ainda não os condenou, e aplica-se-lhe, ainda na incerteza da prática do crime que lhes é imputado, um suplício muito mais terrível que a morte, que só lhe é aplicável quando já se está certo de que a merecem. Como! Ignoro ainda se és culpado e atormentar-te-ei para sabê-lo e se por acaso fores inocente, não expiarei as mil mortes que te fiz sofrer, em vez de uma só que te preparava!” *apud* TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal**. Madrid: La Ley, S.A., 1993, p. 17, nota 19. Tradução livre. No original: “*La ley no los ha condenado, y se aplican a él, todavía en el delito de incertidumbre que se les atribuye, un castigo mucho más terrible que la muerte, que sólo se aplican a ella cuando uno ya está seguro de lo merecen. ¿Cómo! Ignoro incluso si usted es culpable y te tormento para conocerla y si por casualidad usted es inocente, no expiarei los mil muertes que hice sufrir en lugar de uno que se prepara!*”.

⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Ob. cit.*, p. 71. Em sua obra **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 122, J.J. ROUSSEAU, já no ano de 1754, acenava seus ideais sobre esse ponto na seguinte passagem: “Teria desejado nascer num país em que o soberano e o povo só pudessem ter um único e mesmo interesse, a fim de que todos os movimentos da máquina sempre tendessem apenas para a felicidade comum; como isso é impossível, a menos que o povo e o soberano sejam uma mesma pessoa, conclui-se que eu desejaria haver nascido sob um governo democrático, sabiamente moderado”.

cada indivíduo do corpo social e somente legitimado quando o poder supra individual é exercido em benefício de cada cidadão⁹.

No entanto, é importante que se diga que o contratualismo iluminista não negou em nenhum momento a necessidade do Estado. O que o seu racionalismo individualista e igualitário determina é que as leis controlem o atuar estatal, para evitar a supressão das liberdades do cidadão, passando a tratar o direito penal, tido como fonte das maiores violências estatais contra o cidadão, como última instância de atuação estatal na esfera de liberdade do indivíduo (*ultima ratio*).

No viés contratualista, o direito à segurança pública advém do próprio contrato social, devendo o Estado zelar, conforme adverte Winfried Hassemer, para que um indivíduo não trate os outros com desprezo, para que ele não penetre nos limites da liberdade do outro.¹⁰

Historicamente, essa mudança filosófica foi patrocinada pela burguesia, classe social em franca expansão, que, juntamente com as pessoas destituídas de qualquer poder militar, hereditário ou religioso, não suportava mais os desmandos e as opressões político-religiosas exercidas de várias formas pelo poder central, dentre elas a perseguição penal.

Os burgueses são alçados à classe econômica dominante, tornando o Estado seu dependente, uma vez que a função pública não estava voltada à produção de riquezas, mas apenas a montar estruturas de controle bélico e ideológico¹¹.

As mudanças, nesse contexto, passam a ter justificativas sociais e econômicas comuns, consubstanciadas na mudança do poder político prevalente através não apenas da queda de seus ocupantes, mas, principalmente, pela mudança dos primados e paradigmas até então vigentes. O Estado, sob tal perspectiva, não deveria mais ter como escopo sua perpetuação e locupletamento por meio da força produtiva de seus súditos, mas deveria servi-lhes e voltar todas suas preocupações no sentido de propiciar-lhes melhores condições de vida¹².

Assim, diante do descompasso ideológico e de interesses entre a burguesia ascendente e o povo, de um lado, e as classes dominantes e religiosas, de outro lado, os conflitos tornaram-se mais frequentes e intensos, resultando em revoltas e guerras civis.

Destas, a mais significativa foi Revolução Francesa, de 1789, da qual, ao que interessa ao presente trabalho, exsurge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. E foi nesta declaração de direitos, marco essencial na história da liberdade, que, pela primeira vez, juntamente com outros princípios basilares do processo penal, apareceu a expressão “presunção de inocência”, dispondo o seu artigo 9º que “Todo acusado é considerado inocente

⁹ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ob. cit.*, p. 72.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. *Revista Del Rey Jurídica*. São Paulo, v. 8, n. 16, 2006, p. 71/72.

¹¹ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ob. cit.*, p. 73.

¹² MORAES, Maurício Zanóide de. *Ob. cit.*, p. 73.

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”.

O art. 9º da referida Declaração, e com ele todo o texto desta, tornou-se o primeiro momento de positivação da presunção de inocência; sua referência emblemática, enquanto modo de tratamento a dispensar ao acusado. Rejeita-se, pois, sob a perspectiva jurídica e filosófica, a presunção de culpabilidade que até então impedia sobre o acusado.

Sob essa nova concepção filosófica, fixa-se a necessidade da persecução penal partir do estado de inocência do investigado/acusado, independentemente da classe social a que este pertença, devendo ser assim tratado durante todo o processo.

Depreende-se de breve esboço histórico que a presunção de inocência, ao mesmo tempo que constituiu uma reação contra os excessos e abusos do processo penal até então vigente – consubstanciados no princípio da culpabilidade -, é erigida em direito fundamental, concedendo, deste jeito, a cada cidadão, a tutela jurídica de sua honra e liberdade, garantidas pelos órgãos do Estado e invocáveis no processo penal.

O processo penal, nesse novo viés ideológico, passou a ser uma forma de proteção do cidadão contra os abusos estatais, típicos e demais ocorrentes nos momentos históricos precedentes à Revolução Francesa.

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA FRANÇA PÓS-ILUMINISTA

Conforme se expôs linhas atrás, a primeira inscrição legal, por obra do iluminismo francês, de que em toda persecução penal o imputado deva ser tratado como inocente, até que se tenham provas suficientes para demonstrar a sua culpa, significou uma atitude transformadora na mentalidade do processo penal até então existente.

Entretanto, na fase napoleônica pós-iluminista, a presunção de inocência não vingou da forma desejada, sendo incompleta a fase de implementação sistêmica daquela ideia pelo tempo necessário a que novos institutos criassem raízes culturais nos operadores do Direito.

Escudado nas lições de Maurício Zanoide de Moraes, constata-se que, por ironia, as várias barreiras impostas ao avanço da presunção de inocência foi uma decorrência justamente da proposta de ruptura preconizada pela Revolução Francesa, que implicava na (i) redução do poder central em face dos cidadãos, no (ii) respeito pelo ser humano submetido a julgamento e, ainda, na (iii) imprescindível melhoria na estruturação do aparelho juspersecutório, para melhor cognição fático-jurídica, com conseqüente julgamento mais justo. A profunda ruptura que provocaria no sistema processual penal fez com que as resistências a sua implementação se recrudescessem¹³.

¹³ *Ob. cit.*, p. 97.

Apercebendo-se do que significaria a mudança de paradigma proposta pelos revolucionários iluministas, o preceito foi duramente criticado pelas novas correntes juspolíticas e, outrossim, inviabilizou-se, na prática, sua implementação pelo retorno, em grande medida, aos sistemas procedimentais penais anteriores à proposta revolucionária. Não houve, repise-se, tempo necessário para que os novos ideais amadurecessem, criassem raízes e, mais importante, fossem-lhes garantidas novas instituições e institutos que refletissem uma nova concepção de política legislativa e de cultura social.

Abreviadamente, percebem-se duas linhas de argumentos ao pronto ataque efetuado no período pós-iluminista à presunção de inocência: (i) uma, de fundo político-econômico e externa ao direito, muito embora nele projetasse efeitos; (ii) outra, de matiz criminológico-positivista e que, nascente do mundo jurídico, foi buscar em outras áreas do conhecimento (medicina, sociologia, antropologia, etc.) novos aportes para a rejeição da presunção de inocência.

A exposição dessas duas linhas argumentativas inicia-se pela análise da história juspolítica criminal da França Napoleônica, uma vez que foi a partir do ordenamento processual elaborado nessa fase que se rejeitou pela primeira vez a presunção de inocência e, em seu lugar, criou-se o sistema misto, o qual veio a ser utilizado como referência da maior parte dos códigos de processo penal europeus até o final do século XIX e início do século XX.

Para melhor se entender o contrafluxo juspolítico napoleônico, em resposta ao movimento iluminista, deve-se observar como foi a evolução política do Estado francês pós-revolucionário e seus reflexos na Europa.

Primeiro, em busca da igualdade e liberdade prometidas, e no afã de reduzir a desigualdade histórica nos mais variados setores, a Revolução precisava de um poder central forte, apto a concretizar o escopo revolucionário. Depois, o anseio dos revolucionários de não limitar os seus ideais à França, mas espalhá-los a todas as demais nações do mundo, como garantidores da liberdade do homem em qualquer local que estivesse, fez com que a França abrisse guerra, ou ao menos provocasse receio nos Estados monárquicos vizinhos.

O Estado francês, uma vez mais centralizador e absolutista, focado nas “guerras napoleônicas” e no enfrentamento de conflitos internos, passou a não mais dispor de condições políticas, sociais e econômicas propícias ao desenvolvimento do espírito humanitário e liberal da Revolução, e os rumos institucionais passam à realidade política, já vivida tantas vezes, de um continente em guerra. Nesse contexto, a repressão rápida e a punição severa de conflitos penais internos, passou novamente a ser um dos instrumentos estatais franceses para “dar uma resposta” política aos cidadãos diante da criminalidade e,

principalmente, um meio de fortalecimento do Estado diante do “inimigo” (interno ou externo)¹⁴.

Ou seja, o espírito liberal revolucionário não conseguiu produzir mudanças perenes no sistema processual penal uma vez que as necessidades criadas pela violência interna e externa, aliada à falta de experiência histórico-jurídica com qualquer outro sistema processual penal que não fosse o inquisitivo, fez com que o temor orientasse à legitimação de um novo autoritarismo estatal. Esse, por sua vez, para responder aos anseios de segurança (interna e externa) que o legitimaram, lança mão do processo penal como instrumento de exercício político da força estatal contra os novos inimigos do Estado.

Diante desse novo cenário pós-revolucionário, os avanços processuais penais conquistados na Assembleia Nacional de 3 de novembro de 1789 e, ainda, pela Constituição de 1791, notadamente em seu título 3, Capítulo 5, art. 9º, pelo qual se abolia completamente o sistema inquisitivo, substituindo-o por um sistema acusatório modernizado, inspirado no procedimento inglês - juízo público, oral, em contraditório -, tiveram seu fim já em 1811, por força da promulgação, por Napoleão Bonaparte, do Código Penal e do Código de Processo Penal franceses¹⁵.

No entanto, essa codificação francesa oitocentista não podia romper por completo com o espírito revolucionário que lhe propiciou o surgimento, mas, também, não poderia deixar de ser um instrumento para a instalação do novo absolutismo francês¹⁶.

Nessa ordem de ideias, Napoleão Bonaparte, no afã de implementar um novo sistema criminal a seu feitio absolutista, não poderia deixar de descartar a incipiente legislação criminal de caráter liberal, cuja estruturação, repise-se, estava apenas esboçada e para a qual a cultura jurídica ainda não amadurecera. No escólio de Maurício Zanoide de Moraes:

para resolver essa dicotomia juspolítica e que, em decorrência inevitável, veio projetar efeitos no âmbito processual penal (espírito revolucionário versus necessidade punitiva), buscou-se uma solução de compromisso: a atribuição do caráter burocrático e secreto na primeira fase do procedimento, redimida pelo espaço acordado para a publicidade e para a introdução de elementos não togados na segunda¹⁷.

O processo penal continental deixa-se, então, tocar pelo britânico, de tal forma que o processo resultante da reforma operada a partir da Revolução Francesa há de traduzir-se num compromisso entre o direito processual penal do sistema inquisitório próprio do antigo regime e o sistema acusatório, de inspiração britânica. Separam-se as funções de acusar e julgar, pertencendo cada uma delas a dois órgãos diferentes e cria-se a magistratura do Ministério

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 101-102.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 101-102.

¹⁷ *Ibidem.*

Público, titular da fase de investigação e da acusação, cuja função é proceder à averiguação preliminar.

A primeira fase, inquisitória, é escrita, secreta, sem contraditório e sem que o investigado tenha a possibilidade de qualquer participação, tendo por escopo a descoberta do crime, bem como os agentes que o praticaram.

Por seu turno, a fase do julgamento, de cariz acusatório, tem por finalidade apurar as responsabilidades do agente relativamente ao fato que tenha praticado, sob os influxos dos princípios da oralidade (por contraposição à forma escrita), da publicidade (que permite o controle público, constituindo, também, um fator de confiança na justiça) e do contraditório, devendo ser proferida sentença em função da prova produzida em sede de julgamento e não daquela que foi recolhida ao longo da fase do inquérito.

Criou-se, de tal forma, o procedimento penal misto francês, com a primeira fase de feição inquisitiva, privilegiando-se a onipotência do magistrado instrutor, em procedimento secreto e escrito, e a segunda fase de perfil acusatório.

Esse novo procedimento penal, pelas razões políticas e econômicas expostas, não abarcou a presunção de inocência, retrocedendo-se aos procedimentos penais pré-revolucionários, todos infensos a este direito fundamental do cidadão. Não por outra razão que, a despeito de a presunção de inocência ter sido afirmada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e reproduzido nas Constituições francesas de 1791 e 1793, omitiram-se na Constituição de 1795 e no Código de Instrução Criminal francês de 1811.

2.3 ESCOLA POSITIVA E A REJEIÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em que pese a presunção de inocência ter sido mundialmente consagrada através de um texto produzido na França, tal fato não significa que este tenha sido o único ponto da Europa que teorizava acerca do tema. Foi, aliás, no desenvolvimento das escolas penais italianas que se assistiu a um riquíssimo debate sobre a presunção de inocência ao longo de todo o século XX.

Carrara, o maior representante da Escola Clássica, teorizava a presunção de inocência como produto de uma avaliação daquilo que normalmente acontecia, de tal forma que, diante da consideração que a grande maioria dos homens pautam suas condutas de acordo com a lei, abstendo-se da prática de crimes, poderia se concluir que a lei consagra para todos os homens uma presunção de inocência¹⁸.

Na linha de raciocínio de Carrara, proclama-se a presunção de inocência até que a culpabilidade esteja provada, respeitando-se os modelos processuais previamente

¹⁸ CARMIGNANI, Gionani, Elementi del diritto criminale, prima versione italiana, v. I, Malta, 1848, *apud* Vilela, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 37-38.

estabelecidos. A presunção de inocência, absoluta condição de legitimidade do processo penal, é apresentada ao acusador e ao juiz não como o intuito de deter a sua atividade, mas sim com o objetivo de restringir a sua ação, revestindo-se em uma séria de preceitos que nada mais são que obstáculos ao arbítrio e, em consequência, veículo de proteção do indivíduo¹⁹.

No entanto, contribuindo para a discussão acerca da presunção de inocência, e com fortes críticas à doutrina clássica de inspiração liberal, levantam-se vozes contrárias. De um lado a escola positivista, que baseia as suas críticas em argumentos de política criminal, apontando, em primeira linha, que a concepção do processo penal clássico, na forma defendida por Carrara, é ineficaz na sua função de reprimir a criminalidade. De outro lado, com críticas ainda mais radicais contra a presunção de inocência, levanta-se a escola técnico-jurídica, com críticas à falta de solidez da presunção de inocência sob o ponto de vista técnico-jurídico.

À época, a eclosão da Revolução Industrial foi decisiva para o estabelecimento de novos fluxos populacionais para os grandes centros urbanos, em busca de melhores condições sociais e econômicas. O crescimento econômico experimentado no final do século XIX e início do século XX, entretanto, não implicou melhor distribuição de riquezas. Pelo contrário, a ascensão e estabilização de uma nova classe social fortalecida (a burguesia) não impediu o surgimento crescente do proletariado que, se não mais vivia nas paupérrimas condições da zona rural, estava longe de gozar de um bem-estar ideal para o pleno desenvolvimento humano.

Imerso nesse contexto social então vivenciado, o sistema criminal idealizado pelos arautos do movimento iluminista e preconizado pela Escola Clássica não oferecia segurança para o enfrentamento da violência crescente. Naquele momento histórico, sem a necessária informação científica de que a criminalidade é apenas o mais visível e último aspecto externo da violência, a qual somente pode ser eficazmente combatida se as suas causas são neutralizadas, acreditava-se que a filosofia racional do iluminismo não servia à constatação prática da realidade de violência urbana. Os ideais de igualdade e de presunção de inocência para todos, indistintamente, já não pareciam, aos olhos da classe burguesa dominante, tão perfeitos e necessários.

Como consequência do momento político e econômico então vivenciado, passou-se a exigir um Estado forte, com foco no desenvolvimento econômico e no comando da sociedade, interferindo positivamente para promover o controle dos seus conflitos, instalando a ordem e a paz social. A ideia da autonomia do cidadão, outrora vigente, foi substituída pela concepção

¹⁹ CARRARA, Francesco, **Il diritto penale e la procedura penale, Progresso e Regresso del Giure Penale nel Nuovo Regno d'Italia**, v. II, Firenze Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", 1903, p. 26 e seg.

da supremacia do interesse coletivo. Ou seja, o indivíduo deixou de ser valorizado no seu aspecto individual, mas no contexto do interesse do grupo ao qual pertencia²⁰.

Vê-se, portanto, que o Estado Liberal, defensor da autonomia individual, cedeu diante de um modelo mais adequado ao momento histórico, que, sem deixar totalmente de lado a proteção dos direitos individuais, assumiu a guarda dos direitos sociais, a partir da postura intervencionista²¹.

Sob outro aspecto, no âmbito científico, com o desenvolvimento de métodos e equipamentos de análise empírica, a pesquisa das ciências naturais começava a contaminar todas as demais áreas do conhecimento devido a sua (pretensa) maior precisão e, por consequência, aparente incontestabilidade auferida da observação de casos e do levantamento de dados objetivos para conclusão estatística. Com isso, a compreensão filosófico-racional (iluminista) é substituída pela análise empírica, científica e estatística, típicas da Escola positiva. Dentre essas novas descobertas científicas destacam-se, por profunda influência para essa nascente Escola Positiva, notadamente em face de Cesare Lombroso, a teoria da evolução das espécies de Charles Darwin, afirmando que o homem era uma evolução do símio e, portanto, negando a crença da criação divina (teoria do criacionismo), o evolucionismo de Spencer e o positivismo de Comte.

A alteração do ideário que movia as ações políticas do Estado não poderia deixar de se refletir no campo da política criminal, do qual foi exigido uma adequação às urgentes necessidades da sociedade. Era preciso reestruturar a atuação do saber punitivo, de maneira a servir de instrumento para propiciar a ordem interna, contendo os conflitos com a diminuição das atividades delituosas.

Esse feixe de fatores produziu as condições históricas necessárias para explicar o surgimento da Escola Positiva, por muitos, entendida como o berço da criminologia, centrada em um sistema criminal mais rigoroso e que tendia à defesa social, em detrimento dos direitos individuais.

O processo penal, com a Escola Positiva, tal como no período precedente à Revolução Francesa, torna-se um meio de intervenção estatal contra o cidadão insubordinado em face das regras de comportamento impostas. Ou seja, há uma inversão das posições entre Estado e indivíduos, anteriormente fixadas pela Escola Clássica. O processo penal, mais uma vez, deixa de ser instrumento de proteção do indivíduo em face da natural sanha punitiva estatal e volta a ser meio de implementação de política de governo.

As soluções preparadas pela Escola Clássica não foram consideradas aptas para resolver os problemas relacionados com a crescente criminalidade, sobretudo seu método

²⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37.

²¹ *Ob. cit.*, p. 37.

racional abstrato, julgado desconexo com a realidade social. O direito penal humanizado, na forma preconizada pelos clássicos, não conseguia fazer frente ao aumento das condutas prejudiciais aos recentes objetivos do Estado²².

Para os positivistas, a marca da delinquência não vem mais por um viés religioso (heresia), mas, por influxos das ciências emergentes. Deriva de uma observação estatística das ocorrências criminais, do perfil biopsicológico ou do meio social de quem os praticava.

Uma vez que os fatores biopsicossociais já determinavam, com alto grau de certeza e, portanto, com alta probabilidade de culpa, quem era o delinquente (doente social), o processo volta-se à aplicação da pena mais apropriada à defesa da sociedade.

Nessa ordem de ideias, a ocorrência de um fato tido como ilícito apenas confirmava aquela provável ou potencial periculosidade (presunção de culpa) e legitimava a aplicação de punição (medida de segurança).

Ou seja, a Escola Positiva baseou suas críticas em uma perspectiva político-criminal, fundada na alegada ineficiência do direito criminal clássico em reprimir a criminalidade crescente nos centros urbanos e da impercebida desigualdade entre os delinquentes.

Ao que mais interessa ao tema versado nesta obra, a presunção de inocência, na visão de Enrico Ferri, um dos mais notáveis expoentes dessa corrente criminológica, era vista como uma “exagero individualista” quando estendida a todos os indivíduos. Ferri era enfático ao afirmar que o erro da Escola Clássica foi aplicar a presunção de inocência indistintamente a todos, sem diferenciar, por exemplo, um delinquente ocasional (delinquente evolutivo) e um delinquente nato (delinquente atávico)²³.

Com essa perspectiva, procurando demonstrar o dito exagero clássico quanto à presunção de inocência, Ferri a aceitava porque tinha “em si uma base positiva inegável: que os delinquentes (compreendidos aqui ou não descobertos) são de fato uma mínima minoria diante do total dos cidadãos honestos”²⁴. Porém, limitava-se à fase investigativa e desde que não houvesse confissão ou prisão em flagrante. Mas, mesmo sem confissão ou flagrância, também cessava a presunção de inocência na fase investigativa, por “*forza logica e giuridica*”, se o sujeito fosse reincidente ou se o crime do qual era investigado, por sua própria natureza, em seus motivos e circunstâncias, revelasse um delinquente habitual, louco ou nato.

Nesses casos, a força da presunção de inocência estaria praticamente diminuída a um grau zero, impotente diante das circunstâncias fáticas. Seria incoerente, no seu entender,

²² *Ob. cit.*, p. 37.

²³ FERRI, Enrico. **Sociologia Criminale**. 5. ed., Torino: UTET, 1929, v. 2, p. 306-322.

²⁴ *Ob. cit.*, p. 307.

afirmar a presunção de inocência ante a confissão, amparada por outras provas, pois o próprio acusado não se considera inocente e a lei não poderia viver desta inverdade²⁵.

Denota-se que a presunção de inocência, no âmbito da Escola Positiva, não passava da porta da denúncia. Ferri concluía que a presunção que deveria haver após a formalização da acusação era a presunção de culpa. De acordo com o seu pensamento, colhido o material e proposta uma acusação, havia maior probabilidade de condenação, não de absolvição. Logo, escudado nesse critério meramente estatístico, concluía que era a culpa que se deveria presumir. E arrematava: se algum erro ocorreu na apuração investigativa daqueles fatos, o acusado terá toda a fase de debates públicos para demonstrá-lo²⁶.

Nesse ponto, Ferri mostra-se mais flexível que Raffaele Garofalo, outro expoente da Escola Positiva, para quem, após a confissão ou demonstração da materialidade, não haveria direito à defesa mesmo na ação penal, podendo atuar um defensor apenas se o acusado insistisse em negar os fatos²⁷.

Ainda de acordo com o pensamento de Ferri, na medida em que se caminhava na persecução penal em direção à certeza judicial da delinquência, como a mesma intensidade se desfazia a lógica jurídica da presunção de inocência. Nesse aspecto, em consonância como o entendimento de Garofalo, afirmava ser uma impropriedade lógica aceitar-se a presunção de inocência após a sentença condenatória do juiz, pois, segundo ele, se já se declarou que ocorrera um crime, a liberdade do criminoso (a causa do crime) continuaria a colocar em perigo o convívio social.

Nessa linha da lógica positivista, em síntese, a regra era que a ação penal iniciasse com a prisão provisória obrigatória, com raras exceções, porém após a condenação, mesmo ainda recorrível, desapareceriam aquelas poucas exceções²⁸.

2.4 ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA ITALIANA E A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

No final da Primeira Guerra Mundial, vivenciava a Itália uma situação de penúria de todos os tipos de bens, inflação, violências étnicas e um uso sempre mais constante e exacerbado da violência para resolução de conflitos políticos e econômicos, com evidentes focos de guerra civil. O partido liberal perdia espaço político para o partido popular dos

²⁵ *Ob. cit.*, p. 194.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 309-311.

²⁷ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o delito e a repressão penal. Tradução de Julio de Mattos, São Paulo: Teixeira, 1893, p. 408-409.

²⁸ Raffaele Garofalo, é peremptório nesse sentido: “Assim, resumindo, eis as reformas que eu proporia para os julgamentos em apelação: 1ª prisão do réu, imediata à primeira condenação, a despeito da apelação e sem liberdade provisória”. *Ob. cit.*, p. 413.

católicos e a ideia socialista era usada pelo proletariado para alimentar espíritos revolucionários.

Nesse clima de alta tensão sociopolítica, surge Benito Mussolini e, sobre a base de um nacionalismo exacerbado, valoriza os combatentes em detrimento das organizações políticas e dos sindicalistas, instaurando um regime autoritário com o argumento de restabelecer a ordem. Apesar da perda das eleições de 1919 para os socialistas, o poder fascista cresce pelo uso da força e de um progressivo consenso na monarquia. Por hábeis ingerências políticas e fiscais, com organização militar e política fascistas, Mussolini ascende ao poder.

Com a vitória legislativa do fascismo em 1924, transforma o regime liberal em fascista, assume a responsabilidade política, moral e histórica do acontecimento, e dissolve todos os partidos políticos e sindicatos não fascistas. Suprime a liberdade de imprensa, da manifestação e de reunião, cria o Tribunal Especial de defesa do Estado para crimes políticos e introduz a pena de morte, permitindo, ainda, que órgãos administrativos prendessem qualquer cidadão sem processo.

Politicamente, fica vedada a apresentação de qualquer nome para o cargo legislativo que não fosse autorizado pelo partido fascista.

No aspecto jurídico, faltava a esta expansão autoritária um sistema criminal (penal e processual) formal capaz de legitimar o seu ideário de controle mais sistemático e cogente das pessoas e dos conflitos.

Pretendia-se confundir, como na Alemanha nazista, legalidade com legitimidade. Difundia-se a crença de que tudo que fosse legal seria legítimo. Com isso ficava mais fácil o controle político-ideológico do que definissem como conduta indesejada socialmente, sempre pela ótica nazifascista. Em linguagem criminal formal, ficava mais fácil para decidir e impor o que entendiam por crime e criminoso e como eles seriam julgados.

Nessa ordem de ideias, não por coincidência, foi designado para a reforma do Código de Processo Penal o Ministro Alfredo Rocco, responsável pelo controle das propostas e seus debates perante o Legislativo e, para a elaboração do código, foi ativo participante Vincenzo Manzini. Por óbvio, impossível se acreditar que tão importantes funções teriam sido pinçadas pessoas discordantes da mentalidade fascista ou, como queria este último, neutras e preocupadas apenas com a técnica jurídica.

Sabe-se que não há ciência jurídica neutra e infensa aos influxos sociais, políticos e econômicos da comunidade da qual nasce e para a qual se destina. E, em toda a ciência jurídica, a área processual penal é a mais sujeita àqueles influxos. São eles que de fato a conformam e norteiam sua interpretação e sua aplicação.

Assim como na Escola Positiva, persistia na Escola Neoclássica (técnico-jurídica) a ideia de utilização do processo penal como instrumento institucionalizador dos desígnios dos ocupantes do poder, ou seja, a prevalência do interesse público de punir sobre o interesse à liberdade, não mais enxergando o processo penal, ao contrário da Escola Clássica, como instrumento de proteção do cidadão contra os excessos punitivos estatais.

No entanto, contrariando o pensamento da Escola Positiva, Manzini, o maior representante da escola neoclássica italiana para o tema de presunção de inocência, rejeitou a antropologia e a sociologia como fundamentos para o direito criminal (penal e processual penal) e lutou para manter o crime como objeto das ciências criminais, afastando-o da medicina e da sociologia. Do mesmo modo, esta corrente doutrinária retirava o crime (Escola Clássica) ou o delinquente (Escola Positiva) como cerne das preocupações e dos estudos do direito criminal. Em seus lugares colocava as normas jurídicas lógicas e sistêmicas, qualidades que as tornavam neutras e, segundo seus defensores, faziam-na melhores.

A Escola Técnico-Jurídica italiana, também denominada de Neoclássica, representada por Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Vincenzo Manzini e Edoardo Massari, criticava a Escola Clássica por um viés lógico-dogmático, embasada em alegações de deficiências técnicas na elaboração de alguns fundamentos do pensamento clássico-iluminista. Dentre elas, percebendo o crucial papel que a presunção de inocência desempenha na elaboração, estruturação e exercício de muitos institutos processuais penais, os últimos autores citados também não lhe poupam de severas críticas.

Como reflexo desta nova escola criminológica, o Código de Processo Penal italiano de 1913, aprovado por obra do Ministro Finocchiaro Aprile, produzido sob os influxos da Escola Técnico-Jurídica, sobretudo pelo conteúdo dogmático exposto por Manzini em seu *Manuale di Procedura Penale*, de 1912, a despeito do aumento de garantias do imputado na fase judicial e diminuições do excesso inquisitivo na fase preliminar de instrução, rejeitava expressamente a presunção de inocência como critério informador do modelo processual.

Conforme observação de Maurício Zanoide de Moraes, “essa exclusão era inevitável ao se notar as bases sobre as quais foi assentado aquele código: (i) a ideologia, de defesa social, e (ii) a técnico-jurídica, derivada do positivismo jurídico italiano”²⁹.

Inicialmente, Manzini fixa como seus pressupostos discursivos dois pontos: o primeiro, que o escopo do processo é conseguir a realização da pretensão punitiva derivada do crime e exercida pelo Estado; o segundo, a prevalência do interesse público, de alcançar a punição do culpado, buscando realizar contra ele a pretensão punitiva do Estado, sobre o interesse de declará-lo inocente.

²⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Ob. cit.*, p. 124.

Manzini, ressalve-se, reconhece, no processo penal, um interesse na liberdade do cidadão, mas o coloca em claro e confessado segundo plano, enxergando-o também como um interesse de origem e natureza social, concedido pelo Estado ao cidadão. Assim, segundo sua concepção, sendo ambos os interesses derivados da natureza social e concebidos pelo Estado, aquele punitivo deve sempre se sobrepor ao de liberdade.

Para Manzini, as prioridades de análise jurisdicional no processo penal são claras: primeiro se verifica se o acusado é culpado, se não for, e apenas nessa hipótese, prevalecerá seu interesse (social e concedido pelo Estado) à liberdade; jamais à sua declaração de inocência³⁰. O autor ainda advertia que seria uma falha proferir a inocência do acusado, pois poderia ele não ser de fato inocente, mas apenas não ter sido provada sua culpa, seja por falha persecutória seja por critério judicial quanto à insuficiência das provas para condená-lo.

Para o mesmo autor, de uma ação penal que começa com uma imputação, deduzida pelo Ministério Público, fundada em elementos colhidos em uma fase preliminar, somente poderia emergir dois tipos de veredicto: culpado ou não culpado; jamais inocente.

A sua crença na legitimidade da imputação, levava-o a descartar, já desde o início da ação penal, qualquer atributo de inocente para o acusado. Ou ele seria culpado ou não culpado, nunca inocente. Com base nesses itens, e analisada, tecnicamente, a natureza jurídica da “presunção” no processo penal, como “meio de prova indireta da qual se deduz um dado convencimento absoluto ou relativo da experiência comum”, afirmava que se alguma “presunção” existe no processo penal é a de “culpabilidade” do acusado. Uma vez que, probalisticamente, é mais comum a condenação que a inocência da pessoa submetida à ação penal. Para confirmar tal assertiva com dados processuais, Manzini traz em seu abono o fato de haver no processo penal atos cautelares patrimoniais e pessoais que muito mais caracterizam uma presunção de culpa, do que de inocência³¹.

Ademais, quanto ao termo “inocência”, o argumento técnico-positivista era de que consistia em um conceito ético e não jurídico, uma vez que o processo apenas dizia se a pessoa cometera ou não aquele fato do qual o acusavam. Classificavam a “inocência” de postura “ética” para deslocá-la do espaço apenas jurídico do código de processo penal.

Em suma, iniciada a ação penal, não cabia mais falar em inocência, mas apenas em culpado e não culpado. A pessoa imputada não seria, em qualquer hipótese, inocente, pois, afinal perdeu tal *status* ao ser denunciado.

³⁰ Vincenzo MANZINI. **Manuale di procedura penale italiana**. Torino: Fratelli Bocca, 1912, p. 54, ao enumerar as razões pelas quais a presunção de inocência inexistia no processo penal, afirma: “Em segundo lugar, não é ofício do processo penal aquele de proclamar a inocência do imputado, mas simplesmente de constatar se concorrem ou não as condições para permitir a realização da pretensão punitiva do Estado”. Tradução livre. No original: “*In secondo luogo, non è mestiere procedimento penale che per proclamare l'innocenza degli accusati, ma semplicemente per determinare se essi sono in concorrenza o meno le condizioni per consentire la realizzazione della pretesa punitiva dello Stato*”.

³¹ *Ob. cit.*, p. 54.

Com base nesse pensamento, surge “a justificativa para substituição da “presunção de inocência” iluminista pela “presunção de não culpabilidade” criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX”.

2.5 CRÍTICAS AO PENSAMENTO DESENVOLVIDO PELAS ESCOLAS PENAIAS ITALIANAS

Como contraponto, faz-se necessário consignar que os iluministas revolucionários, ao lutarem pela inscrição de vários direitos humanos em uma Carta Política de enorme relevância mundial e histórica, não eram técnico-jurídicos e não tinham suas preocupações voltadas apenas à ciência criminal, a qual foi atingida de maneira consequente e reflexa. A força matriz dos revolucionários era a transformação político-social e a ruptura do *status quo* político institucionalizado. Ou seja, essa forma alvissareira de enxergar o mundo, emprestada ao processo penal, evidentemente tinha muito mais feição filosófico-política que jurídica.

Numa tentativa de sintetizar o pensamento iluminista, é possível afirmar que o vetor racional empreendido na expressão “presunção de inocência” era ratificar a ideia de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa³².

Assim, tomando por base os objetivos do pensamento iluminista ao fazer incluir a presunção de inocência na Declaração de Direitos de 1789, não se pode criticar com base em

³² Com essa base lógica Nicola Framarino dei MALATESTA. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de Walesca Giroto Silverberg da terceira edição de 1912, São Paulo: Conan, 1995, v. I, Capítulo IV sobre “o ônus da prova”, p. 143-145, assim se expressou sobre o valor da presunção de inocência para determinar o ônus da prova para a acusação: “O ordinário no homem é a inocência, por isso ela se presume e é ao acusador que cabe a obrigação da prova no juízo penal. Mas é preciso esclarecer esta presunção de inocência, determinando seu conteúdo. 'Quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probetur': eis o célebre adágio, que serviu para demonstrar a obrigação da prova a cargo da acusação. Mas como se deve compreender essa presunção de bondade? Será esta presunção de inocência de que falamos? O homem se presume inocente, por que se deve presumi-lo bom? Em verdade, é preciso uma grande dose de otimismo para aceitar, na sua plenitude, esta presunção de bondade. Tal presunção, tomada como é formulada e levada às suas consequências, leva a presumir não só que o homem não incorre em ações ou omissões conscientes, contrárias à bondade, mas que, além disso, pratica todos os atos bons de que se sabe capaz. Quanto ao lado positivo da presunção, relativamente à de que o homem pratica todos os atos bons de que se sabe capaz, até os otimistas dele duvidarão; e não é este, de resto, o lado pelo qual se faz uso da presunção no problema probatório. Mas será talvez verdadeira a presunção em seu lado negativo, que leva a crer que o homem não incorre em ações e omissões, contrárias à bondade? Será porventura verdade que o homem ordinariamente não comete más ações? [...] Mas tudo isso enquanto se entenda por ações más tudo aquilo que está subentendido, isto é, todos os atos conscientemente contrários à bondade. Mas se por ações más se entenderem, ao contrário, as 'criminosas', então a presunção não é mais uma rósea ilusão de otimista e sim uma observação severa de estadista. A experiência nos mostra que são, felizmente, em número muito maior os homens que não cometem crimes que aqueles que os cometem; a experiência nos afirma, por isso, que o homem ordinariamente não comete ações criminosas, isto é, que o homem é, via de regra, inocente: e como o ordinário se presume, também a inocência. Eis a que fica reduzida a presunção indeterminada e inexata de bondade, quando se queira determinar nos limites racionais. Não falamos, por isso, de presunções de bondades, mas de presunção de inocência, presunção negativa de ações e omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência da vida. O homem, no maior número de casos, não comete ações criminosas; é, ordinariamente, inocente; portanto, a inocência se presume. A presunção de inocência não é, pois, senão uma especialização da grande presunção genérica que expusemos: o ordinário se presume. E como, para o princípio ontológico, presumindo-se o ordinário, é o extraordinário que se deve provar, segue-se que, aberto o debate judiciário penal, é à acusação[ao que cabe a obrigação de prova”.

padrões científicos ainda desconhecidos no século XVIII, a expressão cunhada primordialmente por razões político-filosóficas.

Analisá-la por uma perspectiva dogmático-positiva, como empreendido pelas Escolas Positiva e Técnico-Jurídica italianas, é deslocar o debate para a etimologia, relegando a sua essência ao recanto ou ostracismo. É neutralizar a razão e a filosofia que animaram a concepção da expressão, em prol de um pseudo-purismo técnico que desconstitui aquelas conquistas humanas e omite avanços doutrinários dos séculos XVI e XVII e, ainda, esconde sob uma capa falsamente técnica verdadeiras opções ideológicas que se fizeram presentes no pensamento iluminista.

Diante de tais considerações, percebe-se a gravíssima falha daqueles que, ao criticarem a expressão adotada, desconsideraram todos esses aspectos e desenvolvimentos da “presunção”, limitando a observação às raízes etimológicas romanas em que se presume o que é provável, e o provável no processo, estatisticamente, é a condenação.

Em conclusão, afirma-se que, muito ao contrário do que se supunha – e ainda hoje muitos acreditam –, o pressuposto de inocência do imputado, até demonstração em contrário, como eixo central do processo penal, não implica inviabilidade de condenação ou a impossibilidade de aplicar, v.g., qualquer medida cautelar (pessoal ou patrimonial) ao investigado/acusado no curso da persecução criminal.

Sabe-se que no atual desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, não há mais dúvida de que não há princípio constitucional ilimitado e a presunção de inocência não é exceção. Logo, a tentativa feita pelos críticos da expressão “presunção de inocência” de absolutizar esse direito fundamental não é crível, até por não ter sido essa, repise-se, a linha ideológica seguida pelos revolucionários franceses do final do século XVIII, tal qual se observa na segunda parte do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, poucas vezes citadas por seus críticos – quando não omitida –, segundo a qual a presunção de inocência não impede a aplicação de medidas cautelares ao investigado/acusado³³.

2.6 CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO PÓS-GUERRA

Como é de conhecimento histórico, a tendência econômico-expansionista dos regimes fascistas, nazistas, franquistas e salazaristas, além de sua marcada característica racista e despótica, levaram a raça humana à 2ª Guerra Mundial, conflito bélico que, por sua

³³ “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”. O texto do artigo corresponde à tradução para português. No original: “*Toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité et, si cela est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur inutile dans la garde de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*”.

extensão e profundos danos, serviu de marco para a afirmação internacional dos direitos humanos através de tratados, convenções e organismos internacionais.

Passada aquela última grande Guerra, a Europa volta a sentir a 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 proteção aos direitos do homem, não ao nível de cada país, mas sim numa ação de âmbito internacional, com a consciência 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 caráter pessoal e eis que a presunção de inocência se assume como de reação contra um passado que pretendia ignorar as liberdades e direitos individuais.

Nessa importante dimensão da evolução do ser humano em busca de sua plenitude para uma convivência pacífica, os seus direitos mais essenciais (direitos humanos) foram alçados à preocupação primeira e a ter abrangência universal, pois passaram a ser elaborados para todo o universo humano sobre a Terra.

No afã de fixar paradigmas para a proteção internacional dos direitos essenciais da pessoa humana, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU). Diferente da Sociedade das Nações – criada ao final da 1ª Guerra Mundial, com o fim de regular os conflitos bélicos – a ONU surgiu com uma preocupação maior e anterior às guerras, sendo concebida exatamente para tentar evitá-las por meio de medidas de respeito à dignidade humana, à democracia e à paz entre os povos. Tornou-se imprescindível, portanto, a elaboração de tratados e convenções internacionais que inscrevessem os direitos humanos de forma vinculativa a todas as nações que delas viessem a fazer parte.

Essa indispensável criação de paradigmas universais de direitos humanos e sua força vinculativa tinham uma função preventiva imanente, qual seja, forçar os vários Estados-membros a aceitarem uma pauta mínima e indispensável de respeito aos direitos elementares do ser humano a fim de que, já ao nível interno de suas legislações, fossem neutralizados eventuais e futuros focos de autoritarismo e abusos contra o ser humano: germes infectivos de violência e guerras internas e internacionais.

Assim, no que se refere ao princípio da presunção de inocência, a redação do artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948: “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 mérito deste artigo resulta da consagração numa única

fórmula das garantias tradicionais de caráter liberal do processo penal traduzido no princípio da presunção de inocência, no princípio da legalidade e no direito de defesa.

Dois anos mais tarde, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, no seu art. 6.2, consagrou, também, o princípio da presunção de inocência.

Dispositivos semelhantes são encontrados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2)³⁴ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - Dec. Nº 678/92 – art. 8º, §2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Ainda, como demonstrar-se-á no próximo Capítulo, a expressão presunção de inocência também foi a adotada em muitos dos textos constitucionais promulgados na segunda metade do século XX, a exemplo das Constituições espanhola e portuguesa.

³⁴ “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”. O texto do artigo corresponde à tradução para português. No original: “*Cualquier persona acusada de un delito se presume inocente justo hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida*”.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES DE OUTROS PAÍSES

As Constituições de diversos países do mundo consagram o princípio da presunção de inocência. Em alguns deles, mesmo que de forma implícita, o princípio é reconhecido como decorrência lógica de outras garantias processuais, a exemplo do devido processo legal, ou mesmo pelas normas de recepção dos direitos fundamentais reconhecidos nos diplomas internacionais.

Neste Capítulo, será analisada a positivação da presunção de inocência na Constituição de diversos países.

3.1 CONSTITUIÇÕES EUROPEIAS

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós revolução francesa. Assim, a presunção de inocência, mesmo não prevista expressamente pela Constituição da Quinta República - assim como nenhum direito individual -, possui vigor constitucional, uma vez que a Declaração assegura no art. 9º que todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas.

Apesar disso, as leis francesas abrem possibilidade para o Tribunal expedir o mandado de prisão, mesmo pendente outros recursos (no caso, o recurso de cassação). Assim, nos termos do artigo 465 do Código de Processo Penal francês, “[...] se a sentença é, pelo menos, um ano de prisão sem liberdade condicional, o tribunal pode, por decisão especial, quando as circunstâncias do caso justifiquem uma medida especial de segurança, mandado de emissão de prisão ou contra o acusado”³⁵.

A esse respeito, merece referência o estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman³⁶, no qual se observa que a Lei relativa ao tratamento da recidiva em certas infrações penais, como os crimes sexuais, torna o tratamento

³⁵ Article 465 Dans le cas visé à l'article 464, premier alinéa, s'il s'agit d'un délit de droit commun ou d'un délit d'ordre militaire prévu par le livre III du code de justice militaire et si la peine prononcée est au moins d'une année [*durée minimale*] d'emprisonnement sans sursis, le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, lorsque les éléments de l'espèce justifient une mesure particulière de sûreté, décerner mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu. Le mandat d'arrêt continue à produire son effet, même si le tribunal, sur opposition, ou la cour, sur appel, réduit la peine à moins d'une année d'emprisonnement. Le mandat de dépôt décerné par le tribunal produit également effet lorsque, sur appel, la cour réduit la peine d'emprisonnement à moins d'une année. Toutefois, le tribunal, sur opposition, ou la cour, sur appel, a la faculté par décision spéciale et motivée, de donner mainlevée de ces mandats. En toutes circonstances, les mandats décernés dans les cas susvisés continuent à produire leur effet, nonobstant le pourvoi en cassation. Si la personne est arrêtée à la suite du mandat d'arrêt et qu'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, il est fait application des dispositions de l'article 135-2.

³⁶ In: **Execução provisória da pena panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows%207/Downloads/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf> Acesso em: 17 mar. 2016.

ao condenado mais gravoso após a decisão condenatória. A previsão normativa chegou a ser questionada perante o Conselho Constitucional, que entendeu que as disposições da lei estavam de acordo com a Constituição e com o princípio da inocência³⁷.

Por sua vez, dispõe o art. 27 da Constituição italiana que “o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”³⁸.

Mesmo com o término do período fascista, a Assembleia Constituinte procurou inspiração legislativa no período anterior, o que, no campo processual penal, teve como uma de suas consequências a repristinação do princípio pré-existente da presunção de inocência.

Aponte-se, no entanto, que este regresso não se fez de forma linear, pois, se desde o início foi elevado à categoria de preceito constitucional, quanto à fórmula a consagrar em tal preceito, a doutrina dividiu-se fortemente, com acaloradas discussões entre as duas correntes penais da época: uma que pretendia a inclusão da presunção de inocência no texto constitucional, e outra que preferia salientar sua contradição com a condição real do acusado no processo penal³⁹.

A Constituição espanhola de 1978, em seu art. 24, também consagra a presunção de inocência, no título de direitos e deveres fundamentais: “Assim mesmo, todos têm direito [...] à presunção de inocência”⁴⁰.

No entanto, de acordo com o estudo de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman:

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Seguindo este princípio, se o acusado foi condenado em processo em que lhe foi oferecido contraditório e ampla defesa, em que foram cotejadas todas as provas, observado está o princípio da presunção da inocência. A sentença condenatória é, deste modo, plenamente executável, mesmo que outros recursos estejam em trâmite⁴¹.

Interpretando o dispositivo constitucional em destaque, o Tribunal Constitucional espanhol entende que a presunção de inocência já está satisfeita após um processo no qual são observados o contraditório, a ampla defesa e quando o ônus da prova estiver com a acusação,

³⁷ *Conseil Constitutionnel, Décision n° 2005-527DC du 8 décembre 2005.*

³⁸ No original: “*La responsabilidad penal es personal. El acusado no será considerado culpable hasta la última frase. Las sanciones no pueden comportarse tratamientos contrarios al sentido de humanidad y debe estar dirigida a la rehabilitación de los condenados. No se permite la pena de muerte, salvo en los casos previstos por las mentiras de guerra militares.*”

³⁹ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra. 2005, p. 50.

⁴⁰ No original: “*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*”

⁴¹ **Execução provisória da pena panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro.** *Ob. cit.*, p. 23.

não sendo necessário o trânsito em julgado para o início da execução da pena imposta na sentença condenatória. Veja-se:

[...] sin merma del equivocado enfoque en que se mueve el recurrente -constreñido a la presunción de inocencia-, la efectividad de las sanciones, no entra en colisión con la presunción de inocencia; la propia legitimidad de la potestad sancionatoria, y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea en confrontación con la presunción de inocencia⁴².

Os indigitados autores ainda destacam que o artigo 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior:

Artículo 983. Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado.

Do mesmo modo, a Constituição portuguesa de 1976 estabeleceu no art. 32, 2 que “Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Ademais, de acordo com o disposto no seu artigo 8º, as normas dos textos internacionais acerca dos direitos do Homem que consagram a presunção de inocência, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos do homem, a Convenção Europeia dos Direitos do homem e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos pertencem ao ordenamento jurídico português, o que traz como consequência o fato da presunção de inocência se encontrar prevista no ordenamento jurídico daquele país, independentemente da sua consagração constitucional.

Como observado por Gomes Filho, com a reforma de 1982, criou-se na Constituição portuguesa a interessante combinação de presunção de inocência e duração razoável do processo sob o mesmo item, além do estabelecimento de um referencial temporal de eficácia da presunção de inocência, qual seja, o trânsito em julgado da sentença de condenação⁴³.

Nada obstante a literalidade do dispositivo constitucional, vigora em Portugal o princípio da execução imediata das sentenças condenatórias. Apesar da relevância da presunção da inocência, o Tribunal Constitucional entende que não é necessária a definitividade para execução da pena.

⁴² Tribunal Constitucional de España. Sentencia en Recurso de Amparo 66/1984. Fecha de Aprobación 6/6/84. No mesmo sentido, a Sentencia en Recurso de Amparo 220/91. Fecha de aprobación 15/07/1991.

⁴³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 28.

Nesse sentido, por exemplo, no Acórdão 574/2004, exarado nos autos do processo nº 679/2004, o Tribunal Constitucional Português conferiu interpretação ao art. 32, 2, da Constituição da República Portuguesa, entendendo que, ao prescrever a exigência do trânsito em julgado, na verdade não vedou a execução provisória da pena, pois a sentença estaria "provisoriamente transitada em julgado", após o reconhecimento de culpa dentro do devido processo legal e quando já existia decisão de 2º grau. Invocou, ainda, a proporcionalidade e a própria garantia ao réu, que poderia ter um sofrimento a mais com a espera da decisão definitiva para iniciar cumprimento de pena. No referido julgado também se levantou a questão de que uma interpretação ilimitada da presunção de inocência levaria a uma vedação de decisões que impusessem medidas cautelares de prisão. Por fim, argui-se a questão do respeito pelas decisões judiciais e a forte probabilidade de inalterabilidade da decisão. Veja-se:

[...] Da literalidade de tal preceito resulta que o Diploma Básico não impõe, quanto àquela exceção ao direito à liberdade e segurança, que o acto judicial determinativo da privação da liberdade tenha de assumir característica de definitividade, pelo que se há de concluir que, neste particular, o legislador constituinte remeteu para a norma ordinária a questão da imediata exequibilidade das sentenças judiciais condenatórias impositoras de pena de prisão ou da aplicação de uma medida de segurança. Por outro lado, a presunção de inocência que é constitucionalmente definida pelo nº 2 do artigo 32º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao juízo constante da sentença impositora de pena de prisão e que, por motivos ligados a uma actuação, considerada pelo tribunal de recurso como manifestamente obstativa ao cumprimento do julgado por este tribunal, levou o mesmo a extrair traslado e a determinar que o processo fosse remetido ao tribunal recorrido, a fim de aí prosseguirem seus termos. Sustentar-se que a presunção de inocência inserta no nº 2 do artigo 32º da Constituição acarreta, inelutavelmente, a impossibilidade de ser executada a decisão judicial antes do respectivo trânsito, implicaria, no limite, que seriam contrárias a tal preceito disposições legais de onde resultasse *verbi gratia*, que era possível a execução de uma medida de coacção de prisão preventiva, determinada obviamente por acto judicial, enquanto este se não tornasse firme na ordem jurídica. Não foi, seguramente, com esse propósito que o legislador constituinte, arvorou a garantia da presunção de inocência. [...] ⁴⁴.

Da mesma forma, apesar do Código de Processo Penal estabelecer em seu art. 408 o efeito suspensivo dos recursos, já é certo na jurisprudência que esta suspensão dos efeitos não se aplica ao Tribunal Constitucional. Nesse sentido decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa que:

I – o art. 408 do CPP refere-se a recursos ordinários da ordem jurídica comum com o regime previsto no mesmo diploma, não se aplicando o respectivo efeito suspensivo aos recursos para o Tribunal Constitucional. II – Assim, após a prolação pelo STJ [Supremo Tribunal de Justiça] de acórdão condenatório em pena de prisão, o arguido

⁴⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 547/04 no processo 679/2004, 3ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra. Data de Julgamento: 21/07/2004.

preso preventivamente passará à situação de cumprimento de pena, ainda que haja sido interposto recurso para o Tribunal Constitucional⁴⁵.

Na Alemanha, o período pós-nazismo e a herança das regras liberais da antiga República Federal Alemã incutiram no pensamento jurídico um grande e efetivo respeito às liberdades civis e os direitos do cidadão frente ao Estado. Assim, mesmo que não contemplado de forma expressa na Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, o Tribunal Federal Constitucional alemão considera a presunção de inocência incluída no princípio do Estado de Direito. A doutrina, por sua vez, considera a presunção de inocência como uma decorrência da dignidade humana (art. 1º da Constituição) ou do reconhecimento das regras de Direito Internacional (art. 25 da Constituição)⁴⁶. Por outro lado, a presunção de inocência está prevista nas Constituições Estaduais da Federação alemã⁴⁷.

Em que pese a importância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (*Strafprozessordnung*) prevê efeito suspensivo apenas para a apelação (§316 StPO) e para a revisão (§343 StPO), não obstante a execução imediata a interposição do pedido de restauração da situação anterior (§47 StPO), da reclamação (§307 StPO), e da revisão criminal (§360 StPO)⁴⁸.

Portanto, conforme vem decidindo o Tribunal Constitucional, nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Entende-se que eficácia (*Rechtskraft*) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (*Verfassungsbeschwerde*)⁴⁹. As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

Por fim, na Inglaterra, berço dos direitos civis que resguardam o indivíduo do arbítrio estatal, o princípio da presunção da inocência faz parte do ordenamento jurídico há quase 800 anos, presente na Magna Carta de 1215⁵⁰.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do “*Supreme Court Act 1981*”. Por este diploma é

⁴⁵ Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, p. 160.

⁴⁶ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 58.

⁴⁷ RODRIGUEZ LL. M., Javier Lloblet. La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según doctrina alemana). **Revista de Derecho Procesal**. n. 2, Madri: Eredersa, p. 550.

⁴⁸ **Execução provisória da pena panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. *Ob. cit.*, p. 20.

⁴⁹ “*Rechtskraft ist im juristischen Sprachgebrauch ein Institut, das allein gerichtlichen Entscheidungen vorbehalten ist. Es macht erkennbar, dass jede weitere gerichtliche Kontrolle mit Ausnahme außerordentlicher Rechtsbehelfe wie der Verfassungsbeschwerde unstatthaft ist (formelle Rechtskraft) und in persönlicher, sachlicher sowie zeitlicher Hinsicht eine Bindungswirkung hinsichtlich der festgestellten Rechtsfolge besteht (materielle Rechtskraft, vgl. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 484 f.)*.” BVerfG, 2 BvF 1/00 vom 8.2.2001, Absatz-Nr. 116. Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20010208_2bvff000100.html>.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina. 7. ed. 2003.

garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos.

A liberdade mediante o pagamento de fiança não é automática, e a instância inferior não a reconhece na sentença. O direito é concedido pelas Cortes nas quais foram interpostos os recursos e é julgado já no exame de mérito recursal. Vigora no direito inglês o princípio segundo o qual as sentenças condenatórias têm aplicabilidade imediata⁵¹.

Em 2003, o “*Criminal Justice Act*” inseriu modificações significativas no Processo Penal britânico, representando restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à “*High Court*” versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança⁵² até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da “*Crown Court*”⁵³. Especificamente quanto à fiança, o “*Act*” de 2003 reformou o antigo “*Bail Act 1976*”. Assim, a partir de 2003, o condenado a crimes relacionados a drogas da “Classe A” (como a cocaína)⁵⁴ perdia o direito de liberdade provisória sob fiança, ou seja, deveria aguardar preso o julgamento de seu recurso às Cortes superiores.

Assim, a pena é cumprida desde a primeira decisão condenatória, a menos que seja concedida a licença para se recorrer em liberdade, que exige vários requisitos.

3.2 CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO NORTE

No Canadá, seguindo a tradição britânica, não há Constituição escrita. Um dos elementos que compõe o “código constitucional” canadense é a Carta de Direitos e Liberdades, instituído pelo Ato Constitucional de 1982 (*Constitution Act*), Capítulo primeiro (*part I*), que dispõe na seção 11, “d”, que “Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito [...] de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial”⁵⁵.

A ideia é cara para a Suprema Corte do país que trata o princípio como a “linha de ouro” que tece a teia do processo criminal.⁵⁶ Mesmo assim, a força da presunção da inocência não impede o início do cumprimento da sentença logo depois de exarada.

⁵¹ “*sentence of imprisonment takes effect immediately unless the person is released*”.

⁵² O mérito pode ainda ser revisto pela “*High Court*”, através da Revisão Judicial, mas somente se preenchidos seus rígidos requisitos.

⁵³ A “*Crown Court*”, juntamente com a “*High Court*” e a “*Court of Appeal*” formam a Suprema Corte de Judicatura da Inglaterra e País de Gales (“*Supreme Court of Judicature in England and Wales*”).

⁵⁴ O Direito Penal Britânico divide os crimes de droga segundo uma classificação das substâncias entorpecentes.

⁵⁵ No original: “*Any person charged with an offence has the right: [...] to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.*”

⁵⁶ *The presumption of innocence has been described as the “golden thread” woven throughout the web of the criminal law.* Woolmington v. Director of Public Prosecutions, [1935] A.C. 462 (H.L.), at p. 481.

Nesse sentido, dispõe o Código Criminal que uma Corte deve, o mais rápido possível, depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.⁵⁷

No julgamento do caso *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, a Suprema Corte consignou que após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, caso preenchidos os requisitos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território Canadense.

A previsão da presunção de inocência também está expressa na Constituição mexicana de 1917, no artigo 20 (apartado B), que cuida dos direitos das pessoas imputadas, sendo que nos termos do item I, toda pessoa tem direito “a que se presuma sua inocência enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa”.

Na Constituição dos Estados Unidos, de 1787, não há previsão expressa da presunção de inocência, fazendo parte do devido processo legal, previsto na Constituição, conforme reconhecido pela Suprema Corte no caso *Coffin v. United States*, em 1985.

A ideia do devido processo legal nos Estados Unidos coincide com a própria formação constitucional no século XVIII. Antes da criação da Confederação, a Constituição do Estado de *Maryland*, de 11 de novembro de 1776, já incorporava do conteúdo da Magna Carta de 1215 o *due process*.

O Estado de Nova Iorque, aderindo à Federação, pediu ao Congresso para que se adicionasse a expressão “*due process*” à Constituição do novo Estado. Coube a James Madison a redação do dispositivo na Constituição americana. O *due process* passou a integrar a Quinta Emenda com outros direitos civis.

Assim, mesmo não aparecendo expressamente, a presunção de inocência é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª emendas. Na decisão final do célebre caso “*Coffin versus Estados Unidos*”, a Suprema Corte dispôs que “o princípio segundo o qual existe uma presunção de inocência em favor do acusado é, sem dúvida, legal, axiomático e elementar e seu reforço provém da fundação da administração de nossa lei criminal”⁵⁸.

⁵⁷ Section 720: “A court shall, as soon as practicable after an offender has been found guilty, conduct proceedings to determine the appropriate sentence to be imposed.”

⁵⁸ “The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. [...] Concluding, then, that the presumption of innocence is evidence in favor of the accused, introduced by the law in his behalf, let us consider what is ‘reasonable doubt.’ It is, of necessity, the condition of mind produced by the proof resulting from the evidence in the cause. It is the result of the proof, not the proof itself, whereas the presumption of innocence is one of the instruments of proof, going to bring about the proof from which reasonable doubt arises; thus one is a cause, the other an effect. To say that the one is the equivalent of the other is therefore to say that legal evidence can be excluded from the jury, and that such exclusion may be cured by instructing them correctly in regard to the method by which they are required to reach their conclusion upon the proof actually before them; in other words, that the exclusion of an important element of proof can be justified by correctly instructing as to the proof admitted. The evolution of the principle of the presumption of innocence, and its resultant, the doctrine of reasonable doubt, make more apparent the correctness of these views, and indicate the necessity of enforcing the one in order that the other may continue to exist.” *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895) (<http://supreme.justia.com/us/156/432/case.html>).

Mais além, o Código de Processo Penal dos Estados Unidos (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu artigo 16, dispõe que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo”.

Vê-se, portanto, que os direitos civis estão enraizados na sociedade americana, que os cultivam desde os primórdios das fundações constitucionais.

Contudo, não é contrassenso o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos propósitos, com raras exceções⁵⁹.

De fato, o próprio *US Code* prevê formas de se aguardar em liberdade enquanto da tramitação do recurso através da fiança (*Bail appeal*) ou da suspensão da pena durante o processo (*held in abeyance while appeal*), mas os institutos são limitados e dificultados pelos inúmeros requisitos a serem preenchidos.

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal,

nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juizes.” Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão.

No mesmo expediente, segundo a Embaixada, “a regra do devido processo legal, tão cara também ao sistema legal brasileiro, lá é tida por satisfeita já na entrega jurisdicional de ‘primeiro grau’, não havendo necessidade de prosseguimento de julgamento por instâncias diferentes”.

3.3 CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL

Na Argentina, a Constituição de 1860 e suas reformas (de 1866, 1898, 1957 e 1994) não previram expressamente a garantia da presunção de inocência em sua fórmula clássica, mas se entende que ela foi recepcionada pelos dispositivos do art. 31, que reconhecem também os tratados com estados estrangeiros como “lei suprema da Nação” e também o art. 33 da Constituição que recepcionou “outros direitos e garantias não enumerados, mas que nascem dos princípios da soberania do povo e da forma republicana de governo”⁶⁰.

⁵⁹ US Code, Subsection b, Section 3582, Subchapter D, Chapter 227, Part II, Title 18: “*b) Effect of Finality of Judgment.--Notwithstanding the fact that a sentence to imprisonment can subsequently be-- (1) modified pursuant to the provisions of subsection (c); (2) corrected pursuant to the provisions of rule 35 of the Federal Rules of Criminal Procedure and section 3742; or (3) appealed and modified, if outside the guideline range, pursuant to the provisions of section 3742; a judgment of conviction that includes such a sentence constitutes a final judgment for all other purposes*”.

Outra parte da doutrina entende que há registro da presunção de inocência implícito nos artigos 18⁶¹ e 19 da Constituição, que consagram diversas regras processuais, entre elas, o devido processo legal⁶².

Mesmo diante da percepção da existência do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico argentino, não importa por qual fundamento, isto não impede que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Com efeito, o Código de Processo Penal federal prevê que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do artigo 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no artigo 495 do CPP, que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida:

Pena privativa de la libertad

Art. 494. - Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, se ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis (6) meses y no exista sospecha de fuga. En este caso, se le notificará para que se constituya detenido dentro de los cinco (5) días. Si el condenado estuviere preso, o cuando se constituyere detenido, se ordenará su alojamiento en la cárcel penitenciaria correspondiente, a cuya dirección se le comunicará el cómputo, remitiéndosele copia de la sentencia.

Suspensión

Art. 495. - La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2º) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente.

Igualmente, na Constituição do Uruguai, a cláusula da presunção de inocência não é prevista de forma expressa, sendo que alguns autores afirmam que estaria implícito no artigo 12, que se refere ao devido processo legal: “Ninguém pode ser punido ou preso sem o devido processo legal e sentença legal”⁶³.

Mesmo na Constituição chilena de 1980 não foi contemplada a fórmula tradicional da presunção de inocência, mas parte da doutrina entende que a garantia estaria

⁶⁰ No original: “*Otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la republica de gobierno*”.

⁶¹ *Art. 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*

⁶² BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 74/75.

⁶³ No original: “*Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal*”.

implicitamente contida no art. 19, n° 3°, inc. 6°, cuja redação é a seguinte: “A lei não poderá presumir a responsabilidade penal”⁶⁴. No entanto, parece que o texto contém proibição ao reconhecimento da chamada responsabilidade penal objetiva, ou seja, aquela referente à responsabilização que independe do elemento anímico do agente (dolo ou culpa), aparentando não possuir relação com o processo penal. Não obstante, o art. 4° do código de processo penal chileno prevê a garantia expressamente: “*Artículo 4°.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*”.

Porém, no Peru, a presunção de inocência encontra assento no artigo 2°, 24, “e”, da Constituição: “Toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente suas responsabilidade”⁶⁵.

Também a Constituição paraguaia reconhece a presunção de inocência em seu art. 17 (Dos direitos processuais): “No processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a: que seja presumida sua inocência”⁶⁶.

Outrossim, a presunção de inocência é prevista no artigo 49 da Constituição venezuelana de 1999: “O devido processo se aplicará a todas as atuações judiciais e administrativas; em consequência: 2. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se prove o contrário”⁶⁷.

Como se observa, assim como ocorre com a maioria das Constituições europeias, nenhum diploma constitucional sul-americano, com exceção da Constituição brasileira, assegura a condição de inocente até o julgamento definitivo do processo criminal, mas que tal condição perdura até que sua culpabilidade tenha sido legalmente comprovada.

⁶⁴ VERDUGO, Mario *et al.* **Derecho constitucional**. Tomo 1. Santiago: Jurídica de Chile, 1995, p. 218.

⁶⁵ No original: “*Toda persona es considerada inocente mientras no se hay declarado judicialmente su responsabilidad*”.

⁶⁶ No original: “*En el proceso penal o cualquier otra que pueda surgir pena o sanción, toda persona tiene derecho a: a ser considerado inocente*”.

⁶⁷ No original: “*El debido proceso se aplicará a todas las acciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 2. Toda persona se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario*”.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Se, no cenário internacional, o princípio da presunção de inocência é consagrado desde as primeiras declarações dos direitos do homem, no ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal⁶⁸. Assim, não tendo merecido a atenção expressa das Cartas anteriores, a consagração desse princípio dentre os direitos fundamentais é uma das inovações da nossa atual Constituição, passando a constar expressamente do inciso LVII do artigo 5º que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Contudo, no início do século XX, Rui Barbosa, o paladino de nossos juristas, sintonizado com os acontecimentos mundiais, já propalava:

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito⁶⁹.

4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: A ESCOLHA MATERIAL DO LEGISLADOR CONSTITUINTE

Como já exposto, sob a perspectiva histórica e jurídica, a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade, na origem, não se equivalem, tratando-se de profunda divergência entre as chamadas Escolas Penais italianas do século XIX e XX.

Enfatizou-se que o embate sobre a presunção de inocência contrapôs os partidários da chamada Escola Clássica e os da Escola Positiva, com recrudescimento das críticas a partir do início do século XX, com os partidários da Escola Técnico-Jurídica.

Também foi esclarecido que a noção de “não consideração prévia da culpabilidade” foi uma criação positivista do fascismo habilmente elaborada com o intuito de, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra “presunção”, se atingir a palavra “inocência”. Afirmava-se, à época, que se não se pode dizer que o imputado seja culpado no início da persecução penal, também não se pode afirmar seja ele inocente. Portanto, concluía-se melhor afirmá-lo “não-culpado”; jamais inocente.

Quanto ao surgimento da expressão “presunção de inocência”, demonstrou-se que os iluministas revolucionários, ao lutarem pela inscrição de vários direitos humanos em uma Carta Política de enorme relevância mundial e histórica, não eram técnico-jurídicos e não

⁶⁸ STF. HC 67707-0/RS. Rel. Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Data de Julgamento: 07/11/80, Data de Publicação: 14/08/92, p. 12.225.

⁶⁹ BARBOSA, Rui. **O dever do advogado**. Fundação Casa de Rui Barbosa. São Paulo: Aidê, 1985.

tinham suas preocupações voltadas apenas à ciência criminal, a qual foi atingida de maneira consequente e reflexa. A força matriz dos revolucionários era a transformação político-social e a ruptura do *status quo* político institucionalizado. Ou seja, essa forma alvissareira de enxergar o mundo, emprestada ao processo penal, evidentemente tinha muito mais feição filosófico-política que jurídica.

O vetor racional empreendido na expressão “presunção de inocência” era ratificar a ideia de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa.

Nesse contexto, observa-se que a Constituição Federal atual, promulgada após um longo período de autoritarismo e forte redução dos direitos fundamentais, determinou ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, constituindo um dos seus primados o respeito à dignidade da pessoa humana.

Diante desses dois pontos destacados poderia surgir a seguinte perplexidade: não obstante afirmar a dignidade da pessoa humana e fixar um longo e aberto catálogo de direitos fundamentais, tudo em sintonia com os preceitos internacionais de direitos humanos do pós-guerra, não haveria uma quebra sistêmica perpetrada pelo constituinte ao ceder às tentações nazifascistas da fórmula da “presunção de não culpabilidade”?

A contradição, como pretende-se aqui demonstrar, é apenas aparente. A coerência emerge ao se perceber que o constituinte procurou elaborar o texto normativo como o que ele entendeu ser um melhor apuro técnico na linguagem.

Cedeu aos argumentos ditos neutros da Escola Técnico-Jurídica italiana, contudo, em momento algum se afastou da essência e de toda a extensão do preceito humanitário universal da “presunção de inocência”, conforme preconizado pelo movimento revolucionário francês de 1789. Muito ao contrário, reafirmou-o e entendeu que a expressão “presunção de não culpabilidade” seria a melhor forma de proteger exatamente aquele princípio maior e mais tradicional.

Essa escolha pela forma da “não consideração prévia da culpabilidade” e a escolha pelo valor humanista da “presunção de inocência” fica muito evidente ao se analisar as razões daquela escolha redacional.

O anteprojeto constitucional, elaborado pela Comissão presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco, no Capítulo II, denominado “Dos Direitos e Garantias”, mais exatamente no parágrafo 7º do artigo 43, trazia a seguinte proposta: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos expressos em lei. [...] §7º – Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”.

Assim, e pela primeira vez na história da nação brasileira, já que, por óbvio, o texto constitucional do regime militar não contava com preceito análogo, foi inserida a cláusula da “presunção de inocência” em uma proposta legislativa de alteração constitucional.

Instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, formaram-se 8 (oito) Comissões temáticas, uma delas denominada “Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, que, pela extensão dos temas abordados, subdividiu-se em três subcomissões, uma das quais ficou responsável pelos Direitos e Garantias Individuais.

Em 15 de junho de 1987, referida subcomissão entregou a sua proposta de redação final para a Comissão de Sistematização, podendo-se destacar que no inciso XIX, alínea “g”, de seu art. 3º vinha aquele preceito mantido nos seguintes termos: “Título I – Dos Direitos e Liberdades Individuais – Capítulo I – Dos Direitos Individuais - [...] Art. 3º São direitos e liberdades individuais invioláveis: [...] XIX – A Segurança jurídica. [...] g) presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

O constituinte José Inácio Ferreira, em 12 de agosto de 1987, através da emenda nº 1P11998-7 sugere, pela primeira vez no seio da Constituinte, a mudança de redação daquele dispositivo de 15 de junho do mesmo ano, aprovado no âmbito da sua Comissão temática, propondo o seguinte texto: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. É neste momento que surge nos trabalhos constituintes a redação denominada “presunção de não culpabilidade”.

A justificativa para tal alteração é curta, singela, mas diz muito quanto à escolha constituinte pela forma da “presunção de não culpabilidade” e, quanto ao conteúdo jus político da norma, sua total fidelidade à ideologia humanista e internacional da “presunção de inocência”. É o texto da justificativa:

A proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a 'presunção de inocência', expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo. Lembre-se que o atual dispositivo, ao qual a justificativa destacada faz menção, era aquele datado de 15 de junho de 1987, em cujo texto havia a referência expressa à “presunção de inocência”⁷⁰.

⁷⁰ Pelo que se pode colher dos anais constituintes, outras emendas posteriores foram apresentadas sobre o tema. Emenda nº 1P168855-4, de 13 de agosto de 1987, do Deputado Bonifácio de Andrada, com a seguinte redação: “Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa”. Emenda ES21209-5, de 31 de agosto de 1987, do Deputado Cunha Bueno, com a seguinte redação: “todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito a ser preservada, ao máximo possível, essa condição”. Emenda nº ES29767-8, de 04 de setembro de 1987, do Deputado Osvaldo Coelho, com a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado nem identificado criminalmente antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em 04 de setembro de 1987, através da emenda nº ES32071-8, o constituinte José Paulo Bisol, que fora o relator da Comissão de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, apresenta emenda com texto idêntico ao constante da redação feita pela Comissão em 15 de junho de 1987. Em 05 de setembro de 1987, os constituintes Antônio Mariz e Nelton Friedrich apresentam um texto idêntico ao sugerido no mês anterior por José Inácio Ferreira. Na mesma linha de repetição do texto de José Inácio Ferreira seguem o Senador José Richa “e outros”, na emenda nº ES33996-6, de 05 de setembro de 1987.

A reconstrução empreendida dos debates constituintes tem como finalidade demonstrar que, desde o seu primeiro instante, na fase pré-Constituinte, as citações e referências tanto à “presunção de inocência” quanto à “presunção de não culpabilidade” foram feitas pelos constituintes em sinonímia. Conforme indicam os registros daquela Assembleia, a atual redação se originou da sugestão de José Ignácio Ferreira, na qual consta uma verdadeira identidade entre ambas as expressões.

Com isso, pode-se afirmar que a *mens legislatoris* formadora de nossa atual Constituição colocou, em seu inciso LVII do art. 5º, todo o conteúdo e força jus política da “presunção de inocência”, tal como concebida pelo ideário iluminista. A constituinte incorpora o princípio fundamental humanitário concebido após o período das trevas da Inquisição, revitalizado como primado humano universal, pela comunidade internacional, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Não bastassem essas constatações de caráter genético, não se pode olvidar em nenhum momento que a Constituição é um sistema e, como tal, deve apresentar uma necessária coerência e inter-relação entre suas normas, de tal forma que seria uma verdadeira *contradictio in re ipsa* admitir-se a inserção, como um direito e garantia fundamental do cidadão, da “não consideração prévia da culpabilidade” do imputado, conforme concebido nos moldes da Escola Técnico-Jurídica nazifascista.

Essa impossível coexistência de conteúdo (constitucional brasileiro e ideológico fascista), aliada à análise genético-sistêmica agora empreendida, permitem concluir que, se na escolha formal o constituinte vacilou até tender à aceitação da técnica redacional da “não consideração prévia de culpabilidade”, em essência jamais se afastou da força jus política e ideológica da “presunção de inocência”, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional no pós-guerra. Em nenhum instante de nossos trabalhos constituintes foi sugerido ou sequer cogitado qualquer argumento violador daquele direito fundamental.

A clareza de direcionamento quanto à escolha material pelo conteúdo político-ideológico da presunção de inocência e a força das razões determinadoras da formação da própria constituinte acima destacadas, produziram e produzem incontestável e unívoco efeito por toda a cultura jurídica nacional, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial.

A cultura jurídica brasileira aproveitou-se, outrossim, de todo o debate já ocorrido na Itália sobre o mesmo ponto técnico-doutrinário, pois lá, tanto como aqui, foi inserida na Constituição do pós-guerra a seguinte norma: “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva” (art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948).

O texto italiano, porém, diferente do brasileiro, não foi uma escolha pela “não consideração prévia da culpabilidade” apenas por preferência linguística. A razão de fundo que orientou a escolha constitucional peninsular foi ainda o pensamento técnico-positivista da

escola fascista. Lá, muito ao contrário, os debates constitucionais de 1947 buscaram um consenso, admitindo-se a manutenção da fórmula fascista, tanto material quanto formalmente, como uma solução de compromisso.

Assim, com o passar dos anos, doutrina e jurisprudência se preocuparam, em um primeiro momento, em fazer a tarefa mais difícil, qual era: eliminar todo o conteúdo político-ideológico daquela expressão fascista (presunção de não culpabilidade). Esse era o intuito doutrinário quando diziam que as expressões eram sinônimas. Firmou-se, num segundo momento, a convicção que, tecnicamente, não era juridicamente útil a diferenciação entre “inocente” e “não culpado”. Seriam elas variações semânticas de um mesmo conteúdo, restando superada a distinção de conteúdo ideológico, pela qual se desejava eliminar qualquer estado ou aspecto da inocência com a criação de uma expressão (“não consideração prévia da culpabilidade” ou “presunção de não culpabilidade”) desprovida daquela conotação iluminista.

Nos entanto, como enfatizou-se, as discussões entre as escolas italianas concentraram-se sobre uma visão do processo penal, não se tratando de um debate por uma escolha semântica. A sinonímia entre as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” somente foi possível quando a Itália subscreveu tratados de direitos humanos e igualou os influxos político-ideológicos para ambas as expressões.

Atualmente, portanto, no campo prático, muitos doutrinadores, a exemplo de Badaró⁷¹, passaram a entender que não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Com isso, resta consolidado na formação jurídica brasileira o sentido de interpretar e aplicar o preceito constitucional como se nele estivesse explícito o princípio tradicional da “presunção de inocência”, não obstante seja outro o seu texto.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, citando Jaime Vergas Torres, afirma:

Não é possível distinguir presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Desse modo, o art. 27.2. da Constituição (italiana) não faz outra coisa que consagrar o princípio da presunção de inocência... Essa é a doutrina de Illuminati, Bellavista e outros... Este último, impugnando a tese de Frosali segundo a qual a Constituição enuncia somente a formulação negativa de não presunção de culpabilidade, afirmou: “Vale aqui a máxima qui dicit de uno, negat de altero. Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente. Tertium non datur”⁷².

E ainda, Maier:

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência. In: **Temas atuais de advocacia criminal**. São Paulo: Etna, 1996, p. 22.

‘Presumir inocente’, ‘reputar inocente’ ou ‘não considerar culpável’ significa exatamente o mesmo; e essas declarações formais remetem ao mesmo princípio que emerge da exigência de um ‘juízo prévio’ para infligir uma pena a uma pessoa [...] trata-se, na verdade, de um ponto de partida político que assume – ou deve assumir – a lei de processo penal em um Estado de Direito, ponto de partida que constitui, em seu momento, uma reação contra uma maneira de perseguir penalmente que, precisamente, partia do extremo contrário⁷³.

Atualmente, portanto, seja por incorporação constitucional de diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário (art. 5º, § 2º, da CF), seja por equiparação dos institutos, é possível afirmar que a Constituição consagrou a presunção de inocência.

Para finalizar este ponto, não poder-se-ia deixar de mencionar corrente doutrinária defendendo a coexistência dos princípios da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade, cada um incidindo em um dado momento da persecução penal.

Os doutrinadores signatários desta corrente, ressalte-se, não utilizam a presunção de não culpabilidade com o mesmo sentido jusfilosófico preconizado pelos seus idealizadores, partidários da escola técnico-jurídica italiana, que nada mais fizeram do que adaptar ideais fascistas ao campo do direito penal e processual penal.

O sentido agora é outro: relaciona-se com o momento processual de sua aplicação, repise-se. Nesse sentido, Walter Nunes da Silva Júnior, por exemplo, entende pela existência da presunção de inocência até a fase decisória do processo, quando passa a vigorar, a partir de então, a presunção de não culpabilidade. Em outras palavras, a presunção de inocência estaria, assim, a proteger o cidadão contra indiciamentos e acusações desprovidos de justa causa, não podendo este, apontado como presumidamente inocente, vir a responder a um processo sem que contra ele existam um conjunto probatório mínimo apontando para a demonstração da materialidade e indícios suficientes de autoria. No entanto, passada a fase de admissibilidade da acusação, encontrando-se a persecução penal já na fase decisória, vigoraria em toda a sua plenitude o princípio da não culpabilidade⁷⁴.

O raciocínio é construído partindo da premissa segundo a qual a sentença condenatória exige do magistrado um juízo de culpabilidade, de maior densidade que a mera “presunção” de inocência. Por óbvio, para condenar o réu, o juiz não poderá utilizar a fórmula literal adotada na Constituição de 1988, vez que a sentença condenatória só pode ocorrer quando, mais que presumir, o juiz tiver certeza da culpa do acusado. Logo, evidente que em algum momento anterior ao trânsito em julgado da condenação, o réu deverá ser presumido culpado⁷⁵.

⁷³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto SRL, 2002, p. 491-492.

⁷⁴ JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional do processo penal)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 552.

⁷⁵ BATISTA, Weber Martins. O princípio constitucional de inocência: Recurso em liberdade, antecedentes do réu. **Revista Forense Comemorativa**. 100 anos. Tomo VII. 2004, p. 633-649.

Nessa perspectiva, como preconizado pelo ministro Teori Zavascki nos autos do habeas corpus 126292/SP, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos, sobretudo na questão do ônus da prova, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, ao contrário, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso do processo.

Sob tal concepção, para o sentenciante, já na primeira instância, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à reanálise pelo Tribunal de hierarquia imediatamente superior.

4.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: REGRA OU PRINCÍPIO?

É comum, na doutrina, a presunção de inocência ser antecedida do substantivo “princípio” sem que se reflita ou mesmo se explique porque realmente se trata de um princípio e mesmo qual seria a importância de ser ou não princípio jurídico.

Sabe-se que, a partir do pós-positivismo, surge na teoria das normas jurídicas a sua diferenciação em “norma-regra” ou simplesmente “regra” e “norma-princípio” ou “princípio”, sendo definidos critérios para estabelecer as diferenças entre um e outro, os quais serão aqui aplicados no afã de definir de que espécie normativa se trata o art. 5º, LVII, da Constituição brasileira.

4.2.1 A eficácia normativa dos princípios: do jusnaturalismo ao pós-positivismo

Após longo processo evolutivo, iniciado com o jusnaturalismo, passando pelo positivismo e chegando ao momento atual, denominado de pós-positivismo, consolidou-se na teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios.

Na fase jusnaturalista, a mais antiga e tradicional, os princípios habitavam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrastava com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspirava os postulados de justiça. Nessa perspectiva, como assinala Flórez-Valdés, os princípios eram “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta-razão que buscavam atingir o conceito de *bem*.⁷⁶

O advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até

⁷⁶ Joaquín Arces y Flórez Valdés, **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**, p. 38.

a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico. Como observado por Barroso:

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX⁷⁷.

Assim, a segunda fase da teorização dos princípios vem a ser o *positivismo*⁷⁸, com essa espécie normativa entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária, com função integradora/programática ou, como observava Gordillo Canãs, como “válvula de segurança”, que garantia o reinado absoluto da lei⁷⁹.

Com efeito, assinalava Gordillo Canãs que os princípios entram nos Códigos como “válvula de segurança”, e não como algo que sobrepujasse a lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”⁸⁰.

O contraste entre essas duas grandes tendências ou correntes doutrinárias dos princípios – a jusnaturalista e a positivista – foi sintetizada pelo autor espanhol José M. Rodrigues Paniagua nos seguintes termos:

Em conclusão e em resumo podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural (demais, como todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia.

Vindo a concluir que:

[...] esta é, antes de tudo, uma questão lógica: a suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico; e só depois de resolvida, sem agitar o fantasma do Direito Natural, dever-se-ia começar a determinar, caso a conclusão seja a da insuficiência, os métodos de suprir essas lacunas⁸¹.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

⁷⁸ Em sentido amplo, o termo “positivismo” designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu *Curso de filosofia positiva* (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada *lei dos três estados*, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teleológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico.

⁷⁹ “Ley, principios generales y Constitución; apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho”. In **Anuario de Derecho Civil**. t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988, p. 484-485.

⁸⁰ *Ob. cit.*, p. 485.

⁸¹ PANIAGUA, José M. Rodrigues, **Ley y Derecho – Interpretación e Integración de la Ley**, p. 125-126. Tradução livre. No original: “En conclusión ya modo de resumen podemos decir que la diferencia más importante entre la tendencia histórica o positivista y la ley natural es en la que éste afirma el fracaso de los principios establecidos por la ley positiva propia, para llenar las lagunas de la ley, y la consiguiente necesidad

Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica. Entretanto, com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.

Com efeito, no escólio de Barroso, o positivismo jurídico, na pretensão de criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais, fundamentado no fetiche da lei e no legalismo acrítico, serviu de disfarce, em diferentes partes do mundo, para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida⁸².

Nesse contexto, conclui o autor que:

a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e de lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido⁸³.

Em sua trajetória ascendente, foi na terceira fase da teorização dos princípios (pós-positivismo) que estes deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. A fase do pós-positivismo corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuaram a sua hegemonia axiológica, convertendo-os em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, cuja obra em muito contribuiu para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva e reconhecida aos princípios. Em sua concepção, tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal⁸⁴.

de para referirse a la ley natural (demasiado, ya todas las garantías que hemos visto), mientras que la corriente positivista considera que puede mantener dentro del sistema legal del estado, con los principios de esta se pueden obtener por analogía. [...] esto es, antes que nada, una pregunta lógica: la suficiencia o insuficiencia del sistema legal; y sólo después de resolverse, sin agitar el fantasma de la ley natural, el deber comenzaría a determinar si la conclusión es el fracaso, los métodos para cumplir con estas brechas”.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*, p. 263.

⁸³ *Ob. cit.*, p. 264.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 44.

Faz-se necessário consignar, por justiça, que antes mesmo da formulação mais sofisticada da teoria dos princípios, diversos autores já haviam se dado conta da relevância do papel que a eles cabia desempenhar no sistema. Com efeito, essa construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho de autores como Crisafulli e Boulanger. O primeiro, em 1952, já falava da normatividade dos princípios, afirmando categórica e precursoriamente que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém⁸⁵.

Boulanger, por sua vez, na mesma senda inovadora, vivendo numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista – consolidadas pelo antigo Estado Liberal – ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia regras e princípios, advertindo, no entanto, que “os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve”⁸⁶.

A partir da segunda metade do século XX, com o neopositivismo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Ou seja, prevalece modernamente a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

Esse reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Sem negar a importância da lei, o pós-positivismo parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela.

Sintetizando e relacionando a evolução principiológica no âmbito das três correntes filosóficas citadas (jusnaturalismo/positivismo/pós-positivismo), observa-se que o jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito

⁸⁵ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 266.

⁸⁶ BOULANGER, Jean, “Principes généraux du Droit et Droit Positif”. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XX Siècle*, Études Offertes à Georges Ripert, t. I, p. 51, apud BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 276.

natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX.

O positivismo, por sua vez, em busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Como já assinalado, sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.

Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores retornaram ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo.

Assim, no atual quadrante da nossa história, as Constituições fazem o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder.

No mesmo sentido, de acordo com as lúcidas palavras de Paulo Bonavides,

os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa⁸⁷.

A percepção do fenômeno, todavia, não era suficiente, por si só, para tornar operacional e efetiva a distinção entre princípios e regras. Foi somente a partir dos escritos seminiais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil a partir do final da década de 80 e ao longo da década de 90, que o tema teve um desenvolvimento dogmático mais apurado. Na sequência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito. As duas obras precursoras desses autores – *Levando os direitos a sério* e *Teoria dos direitos fundamentais* – deflagaram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures.

4.2.2 Regras e princípios: critérios distintivos

Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas, Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas.

⁸⁷ In: **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 303.

Tanto as regras como os princípios são normas, escreve ele, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição⁸⁸.

Assevera, em seguida, o insigne jurista, que os princípios, assim como as regras, constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam fundamentos de espécie muito diferentes.

A diferença de princípios e regras – prossegue o notável professor alemão – é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Lembra que dentre os critérios mais frequentes utilizados para distinção ora estabelecida o mais comum é o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm grau relativamente baixo de generalidade.⁸⁹

No entanto, Alexy afirma que entre os princípios e regras não impera somente uma distinção de *grau*, mas de *qualidade* também.

O ponto determinante do critério gradualista-qualitativo de Alexy – entendidos os princípios como “mandamentos de otimização” – é o reconhecimento de que eles são normas, cuja principal característica consiste na possibilidade de serem cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas das possibilidades fáticas, senão também jurídicas⁹⁰. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis.

Daqui resulta, segundo ele, que a esfera das possibilidades jurídicas se determina por princípios e regras de direção contrária. Por outro lado, as regras, prossegue Alexy, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos.⁹¹ Ou seja, no caso das regras, a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado.

Assim, a principal distinção entre ambas as espécies de normas, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Nos casos das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*⁹².

Mas, onde a distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no entender do autor, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 87 e 88.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁹¹ *Ibidem*, p. 91.

⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.

colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula.” Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem⁹³.

As colisões entre princípios têm que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da sua teoria dos princípios, não se pode falar em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. Quando dois princípios colidem, o que ocorre é a fixação de relações condicionadas de precedência.

A colisão ocorre, por exemplo, se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza⁹⁴.

Antes, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão da prevalência se pode resolver de forma contrária⁹⁵.

Com isso, se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.

De acordo com a diferenciação difundida pelo autor, os conflitos de regras se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios transcorre da dimensão de peso, isto é, de valor, uma vez que somente princípios válidos podem colidir.

Da posição de Alexy se infere uma suposta continuidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores.

Teoriza o autor na mesma direção da jurisprudência dos valores, e aqui reside a inteira contemporaneidade, bem como a importância de seu pensamento jurídico no tocante ao valor normativo dos princípios.

Tal como Alexy, a distinção entre regras e princípios é também um dos pontos centrais da original concepção de Dworkin sobre normas jurídicas. Em muitos aspectos

⁹³ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 93.

⁹⁴ A ponderação, segundo Ricardo Guastini, consiste em estabelecer uma *hierarquia axiológica móvel* entre princípios em conflito. Isso implica que se atribua a um deles uma importância ético-política maior, um peso maior que o atribuído ao outro. Essa hierarquia – prossegue Guastini – é móvel, porque instável, mutável: vale para um caso (ou para uma classe de casos), mas pode inverter-se, como em geral se inverte, em um caso diferente. O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina “o valor” dos princípios em abstrato, de uma vez por todas; não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras. GUASTINI, Ricardo. **Teoria e ideologia de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell. México: Porruá, 2008, p. 88-89.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 79. Tradução Brasileira, *Ob. cit.*, p. 93-94.

coincide com a do professor alemão, cuja teoria acerca da normatividade dos princípios se inspira em grande parte nas sugestões do professor de Harvard.

Para Dworkin, as regras também são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*an all or nothing*). Se ocorrerem os fatos por elas estipulados, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra nada contribuirá para a decisão⁹⁶.

Sempre que se tratar de regra, para torná-la mais precisa e completa, faz-se mister enumerar-lhe todas as exceções. O conceito de validade da regra é conceito de tudo ou nada apropriado para a mesma, mas incompatível com a dimensão de peso, que pertence à natureza do princípio. Entenda-se bem: peso ou valor⁹⁷.

Com isso, Dworkin ratifica o pensamento segundo o qual a dimensão de peso (importância ou valor), só os princípios a possuem; as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério para distinção das espécies normativas.

Das reflexões de Dworkin, infere-se – tal como em Alexy – que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra, de tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão do seu maior peso.

Na mesma ordem de considerações: “Se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras”⁹⁸.

Em conclusão, colhe-se do pensamento dworkiano que só as regras ditam resultados, não importa o que aconteça. Se um resultado contrário se alcança, a regra é abandonada ou alterada, ao passo que com os princípios tal fenômeno não ocorre, pois com estes se inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e se ela prevalece, os princípios sobreviveram intactos. Ou seja, o princípio pode ser relevante, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipula uma solução particular. E quem houver de tomar a decisão levará em conta todos os princípios envolvidos, elegendo um deles, sem que isso signifique, todavia, identificá-lo como “válido”.

No entanto, se as normas jurídicas podem ser regras ou princípios e se existe conflitos entre regras e colisões entre princípios, é intuitivo que se imagine que possam também existir colisões entre uma regra e um princípio. Segundo Virgílio Afonso da Silva, talvez esse seja o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios, vez que,

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 24.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

para uma eventual colisão nesses termos, haveria duas respostas possíveis, baseadas nas duas formas de se solucionar conflitos normativos expostos acima, ambas, porém, inadequadas:

(1) Nas colisões entre uma regra e um princípio é necessário fazer um sopesamento entre ambos para saber qual deve prevalecer: nesse caso, a definição de regras como normas que garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos cai por terra, porque poderão ocorrer casos em que uma regra, a despeito de válida e aplicável, seja afastada, sem que com isso perca sua validade. Além disso, um eventual sopesamento só pode envolver normas que tenham a dimensão de peso, o que regras não têm. (2) As colisões entre uma regra e um princípio devem ser solucionadas no plano da validade: nesse caso, seria necessário aceitar que, quando um princípio tiver que ceder em favor de outra norma no caso concreto, terá ele que ser expelido do ordenamento jurídico. Isso seria incompatível com a ideia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma⁹⁹.

Comumente, a resposta a tais hipóteses de colisão tenta evitar esses dois problemas e é baseada em duas notas de rodapé de dois trabalhos de Alexy, que, no entanto, não se dedica a explorar a questão. Assim, essa espécie de colisão vem sendo resolvida pela percepção de que não se está diante de uma “regra” propriamente dita. Afirma-se que subjaz à regra em choque com um princípio um outro princípio que a justifica ou a conforma. Para os que assim compreendem, o método de resolução da colisão volta a ser o “sopesamento”. Porém, não o sopesamento entre a regra e o princípio em colisão, mas entre este e princípio que está “por detrás” da norma-regra, subjaz e dá suporte a ela. A ponderação, nesse caso, sempre se dará de maneira aceitável e coerente, sem ferir a estrutura e a hierarquia normativas se ambos os princípios forem normas constitucionais dispostas como direitos fundamentais¹⁰⁰.

É certo, porém que, além dos critérios expostos, existem outros aptos a diferenciar regras e princípios. Assim, após análise crítica sobre a distinção entre regras e princípios pelo critério do “modo final de aplicação”, Humberto Ávila propõe definir princípios como:

normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção [...]¹⁰¹.

Já as regras são:

normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade de que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos¹⁰².

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.*, p. 51.

¹⁰⁰ Esse entendimento, no entanto, é passível de críticas. No entender de Virgílio Afonso da Silva, essa “parece ser uma solução problemática, dando a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica”. *Ob. cit.*, p. 52.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48-49.

¹⁰² *Ibidem*, p. 70.

A proposta defendida por Humberto Ávila se diferencia das demais, sob outro aspecto, por admitir a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo:

Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)¹⁰³.

Ainda de acordo com a distinção proposta por Ávila, não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. Em muitos casos também as regras, ao serem aplicadas, devem passar por um processo de ponderação:

[...] Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. [...] Também não é coerente afirmar que somente os princípios possuem dimensão de peso¹⁰⁴.

De acordo com a sistematização proposta por Ávila, na colisão entre regras e princípios de mesma hierarquia, deverá prevalecer a regra, dada a função decisiva que a qualifica:

[...] as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí por que as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade. [...] Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras¹⁰⁵.

De forma mais radical, Eros Roberto Grau, escudado na doutrina de Antoine Jeammaud, nem mesmo distingue os princípios das regras de direito, entendendo por seu a *Regra* um gênero do qual são espécies os *princípios explícitos e implícitos* e as *regras estrito senso*. Com isso, propõe o autor a substituição da teoria *deontica* por uma teoria *funcional* da normatividade do Direito:

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 50.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 83.

A concepção deontica toma regra de direito como regra de conduta ou de comportamento – vale dizer: prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação – sob a ameaça de uma sanção estatal. A generalidade da regra está em que ela deve ser a mesma para todos. Outro é o sentido, no quadro da concepção funcional, da generalidade inerente à normatividade. A essência normativa (*le statu de règle* – diz ele) de um enunciado (= texto normativo) encontra-se na sua vocação a servir de referência (servir de modelo) para determinar como as coisas devem ser. A generalidade, então, reside na aptidão da regra para receber um número de aplicações a priori ilimitado. A regra de direito pode, na exposição de Antoine Jeammaud, ter diversos objetos, não apenas condutas. Daí que a concepção funcional exclui qualquer oposição entre regra e princípio. Os princípios são, portanto, espécie do gênero regra. E os critérios de identificação dos princípios encontram-se em seu alto grau de generalidade e na sua proximidade aos valores¹⁰⁶.

4.2.3 Presunção de inocência e sua estrutura normativa de princípio

Direcionando todo o antes expandido para a presunção de inocência, para se identificar se a norma na qual está prevista constitucionalmente é uma regra ou princípio, podem-se escolher três critérios de exame: a *estrutura normativa*, a *forma de aplicação* e o *tipo de conteúdo normativo-axiológico*. Por qualquer desses aspectos sempre se chega à conclusão de que a norma constitucional na qual se insere a presunção de inocência apresenta-se como “norma-princípio”.

Aliás, nesse sentido, faz-se necessário consignar a opinião de diversos constitucionalistas de que todos os direitos fundamentais individuais, dentre os quais se insere a presunção de inocência, são princípios, conforme a “teoria dos princípios” desenvolvidas por Alexy¹⁰⁷.

Quanto à perspectiva de conteúdo (normativo-axiológico), a presunção de inocência é norma-princípio, porquanto sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas-regras, prescritiva de condutas¹⁰⁸.

Já quanto à estrutura normativa, a presunção de inocência se caracteriza também como princípio, por prescrever “fins e estados ideais a serem alcançados”, um “dever ser”, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir. Atividade que será mais sofisticada e complexa na medida em que além das condições normativas (colisões com uma regra ou com outro princípio) a serem resolvidos¹⁰⁹.

Por fim, e o que interessa ao trabalho, quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma “norma-princípio”. Observado o texto normativo da presunção de inocência e, ainda, cotejando-o com o sistema constitucional, mesmo

¹⁰⁶ In: **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 105.

¹⁰⁷ Nesse sentido, por exemplo, para Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, todos os direitos fundamentais individuais, dentre os quais se insere a presunção de inocência, são princípios. In: **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 291.

¹⁰⁸ MORAES, Maurício Zanoide. *Ob. cit.*, p. 273.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

observado apenas o âmbito dos direitos fundamentais, percebe-se coexistirem limitações sistêmicas da presunção de inocência, por exemplo, pela prisão em flagrante ou por prisão provisória determinada judicialmente¹¹⁰.

Perceber-se que os princípios têm conteúdo tão extensível que criam, com outros princípios e com regras, campos de contradição e, ainda, ao se notar uma restrição natural de sua eficácia diante das condições fáticas do caso concreto, mesmo se ausente qualquer contradição normativa, conclui-se que a presunção de inocência tem estrutura de princípio, de tal forma que ela poderá ser restringida diante das condições fáticas e jurídicas postas em análise.

Por condições fáticas devem-se entender as condições da vida que se apresentam no caso e que influenciam o intérprete no instante de dar àquele princípio sua melhor extensão. Por condições jurídicas, de ordinário, devem ser entendidas as suas inevitáveis colisões com outras normas (regras ou princípios).

A presunção de inocência é, portanto, um direito garantido a seu titular nos moldes “*prima facie*” ou como “mandamento de otimização”, o que significa dizer que a norma será cumprida dentro da maior eficácia possível. Isso não significa dizer que os agentes (públicos e privados) não tenham o dever de respeitar e promover aquele direito, mas apenas que isso deve acontecer na “maior medida possível”, de acordo com as condições fático-jurídicas do caso concreto.

No entanto, não obstante todos os argumentos aqui esposados, o Ministro Luiz Fux, no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, ao analisar a adequação da Lei Complementar nº 135/2010 – lei da “Ficha Limpa” - à Constituição, se manifestou nos seguintes termos, *in verbis*:

A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

A afirmação de que a presunção de inocência seria uma regra e não um princípio é tão temerária que, segundo Lênio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, uniria dois autores completamente antagônicos, como são Robert Alexy e Ronald Dworkin, na mesma trincheira de combate. Ou seja, ambos se uniriam para destruir tal afirmação¹¹¹.

Como já exposto, a grande novidade das interpretações oferecidas pelas teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que, mais do que simples fatores

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ STRECK, Lênio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**: as garantias processuais penais, v. 2, p. 93.

de colmatação das lacunas, eles são, hoje, normas jurídicas vinculantes, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política.

Assim, tanto para Dworkin quanto para Alexy existe uma diferença entre a regra e os princípios. Só para lembrar: cada um dos autores construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso de Alexy, sua distinção será estrutural, de natureza semântica; ao passo que Dworkin realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica.

De todo modo, tanto as posições de Dworkin quanto as de Alexy concordam que um dos fatores a diferenciar os princípios das regras diz respeito ao fato de que sua não incidência (ou aplicação) em um determinado caso concreto não exclui a possibilidade de uma aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros; exigência decorrente de um princípio, que é a igualdade de tratamento¹¹².

Repise-se que, para Dworkin, os princípios possuem uma “dimensão de peso”, o que significa dizer que, em determinados casos, um princípio terá uma incidência mais forte do que outros. Isso não impede que, em outro caso com circunstâncias distintas de aplicação, aquele princípio – afastado anteriormente – volte com maior força, dependendo da construção que se faz, com base na reconstrução da cadeia de integridade do Direito.

Enfatize-se, por sua vez, que Alexy também ressalta essa peculiaridade dos princípios. Para o autor, como já sobejamente destacado, os princípios valem *prima facie* de forma ampla (mandados de otimização). Circunstâncias concretas podem fazer com que seu âmbito de aplicação seja restringido. Os princípios encontram-se em rota de colisão, e os critérios da proporcionalidade derivados da ponderação resolvem essa aparente contradição, fazendo com que, em um caso específico, um deles prevaleça.

Alexy também é explícito ao afirmar que os princípios, quando afastados da aplicação em um caso específico, podem voltar com densidade normativa forte em outros casos futuros. As regras a terem como modo de aplicação a subsunção, ou valem ou não valem; se excluídas de um caso, devem ser, necessariamente, excluídas de outros futuros.

Críticos ao pensamento esposado pelo Ministro Luiz Fux, Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira ainda asseveram que:

fica clara a fragilidade do argumento exposto no voto acima colacionado, devendo ser questionado o seguinte: 1 – se a presunção de inocência é mesmo uma regra, como é possível dizer que ela pode ter sua aplicação restringida no caso de condenações confirmadas pelo Tribunal (e os casos de competência originária seriam

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, em especial os capítulos *modelos de regras I e II*; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, p. 85 e segs.

o quê?) e, ao mesmo tempo, valer para aqueles que foram condenados pelo juiz singular apenas? 2 – se ela é uma regra, não deveria ser afastadas nesses casos? Note-se que o argumento é tão frágil que melhor ficaria se fosse dito que a presunção de inocência é (mesmo) um princípio: se justificada sua restrição no caso de condenações confirmadas pela segunda instância, conserva-se intacta sua aplicação no âmbito do juiz singular! Todavia, nos termos em que foi formulado no voto, como pode uma regra valer num caso e não valer no outro? Haveria ponderação entre regras, como querem – de forma equivocada alguns de nossos doutrinadores? Rebaixada à condição de regra, a presunção de inocência entraria em um 'processo' de ponderação? E disso exsurgiria que tipo de resultado? Uma 'regra da regra'?¹¹³

Mais:

afinal, se a ponderação é a forma de realização dos princípios, e a subsunção é a forma de realização das regras (isso está em Alexy, com todos os problemas teóricos que isso acarreta), falar em ponderação de regras não é acabar com a própria distinção entre regras e princípios tornando-os, novamente, indistintos? Parece-nos que o imbróglio teórico gerado pelo voto sob comento bem representa um verdadeiro 'leviatã hermenêutico', isto é, uma guerra constante de todas as correntes de aplicação, estudos e interpretação do Direito entre si, a gerar uma confusão sem precedentes, onde cada um aplica e interpreta como quer o Direito, desatentos ao fato de que todo problema de constitucionalidade é um problema de poder constituinte. No fundo, mais uma vez venceu o pragmatismo, derrotando a Teoria do Direito¹¹⁴.

Ainda, numa palavra, várias perguntas:

a) se a presunção de inocência não é um princípio, o devido processo legal também não o é? b) E a igualdade? Seria ela uma regra? c) Na medida em que um juiz deve obedecer à 'regra' da coerência em seus julgamentos, isso quer dizer que, daqui para frente, nos julgamentos, a 'regra' (sic) da presunção de inocência pode, em conflito com um princípio, ou até mesmo com uma regra, soçobrar? d) Outra regra pode vir a 'derrubar' a presunção de inocência? e) E o que dirão os processualistas-penas de terrae brasilis, quando confrontados com essa 'hipossuficientização' do princípio da presunção de inocência, conquista da democracia?¹¹⁵

Vê-se, portanto, que não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando” toda e qualquer investigação realizada pelo poder público.

Por outro lado, verifica-se a constante interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios.

¹¹³ *Ob. cit.*, p. 95 e 96.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Em conclusão, tal como Zanoide, reafirma-se que a presunção de inocência: “É norma-princípio, porquanto, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas-regras, prescritivas de condutas”¹¹⁶.

¹¹⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de Inocência. *Ob. cit.*, p. 273.

5 O STF E A EXTENSÃO OBJETIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Durante mais de duas décadas do regime constitucional em vigor, era orientação dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal a legitimidade da exigência do cumprimento imediato da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento eram desprovidos de efeito suspensivo, conforme se depreende da análise dos julgados abaixo colacionados¹¹⁷:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. [...]. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. [...]. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. [...] 3. Habeas corpus denegado. (HC nº 91.675/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 07/12/2007).

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. Habeas corpus indeferido. (HC nº 90.645/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ de 14/11/2007).

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, 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 a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que 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

¹¹⁷ No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: RHC 84.846, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 05.11.2004; HC 84.771, de minha relatoria, DJ 12.11.2004; HC 85.616, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.11.2006; HC 86.628, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03.02.2006; e HC 91.675, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 07.12.2007, este último assim ementado: "HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente 'o benefício de apelar' em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado".

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. [...] Ordem concedida. (HC nº 91.232/PE, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, no DJ de 07/12/2007).

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”¹¹⁸.

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do Código de Processo Penal (posteriormente revogado pela Lei nº 11.719/2008) foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do habeas corpus 72.366/SP¹¹⁹, mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

O raciocínio era o mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que, diante de um posicionamento jurídico consolidado, entendeu por sumular a questão, dispondo a Súmula nº 267 que “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandados de prisão”.

No mesmo sentido, a Resolução nº 57/2008 – CNJ dispunha que “A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatório, ressalvada a hipótese de possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo por parte do Ministério Público, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal”.

Entretanto, na oportunidade do julgamento do habeas corpus nº 84.078-7/MG, o Ministro Menezes Direito observou que a jurisprudência da Corte, em sua nova composição, não era uniforme sobre a possibilidade de se expedir mandado de prisão contra acusado nas hipóteses em que a sentença condenatória já apreciada por Tribunal de segunda instância estivesse sendo impugnada por recurso de natureza excepcional, entendendo por recomendável a remessa do feito ao Plenário, no afã de que fosse dada uma solução definitiva à controvérsia.

¹¹⁸ HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 30/6/1997.

¹¹⁹ Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999.

Em 05 de fevereiro de 2009, o Tribunal, por maioria, deferiu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, Ministro Eros Roberto Grau, vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie¹²⁰.

Durante o julgamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Min. Eros Grau, refletindo a propósito da matéria, se disse inteiramente convicto de que o entendimento até então adotado pelo Supremo deveria ser revisto.

Segundo o relator, o artigo 637 do Código de Processo Penal 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”. No entanto, posteriormente, a Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984) condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de

¹²⁰ HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 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 subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. HC 84078. Relator Min. EROS GRAU Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 05/02/2009. DJe-035.

direitos (artigo 147). Dispôs, ainda, em seu artigo 164, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

Por sua vez, a Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Daí a conclusão do Ministro Eros Grau de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

No que concerne à pena restritiva de direitos, observou o Relator que ambas as Turmas da Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado.

Para o Min. Eros Grau, então, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão haveria de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso, advertiu o Ministro, importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarretaria violação do princípio da isonomia, concluindo seu voto dizendo ser inadmissível que o Supremo Tribunal Federal aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

Na sua visão, aliás, a nada se prestaria a Constituição se a Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, uma vez que, “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”.

De forma ainda mais enfática, advertiu o Min. Eros Grau, utilizando-se das palavras do jurista Geraldo Ataliba, que, 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.

Diante dos argumentos acima esposados, concluiu o eminente Ministro, tornando este o entendimento majoritário entre seus pares, que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar.

Na prática, portanto, ao assim decidir, passou o Supremo Tribunal Federal a conferir efeito suspensivo para todo e qualquer recurso contra decisão penal condenatória, de forma

indistinta, entendendo por inconstitucionais, mesmo que implicitamente, os artigos 637 do Código de Processo Penal e 27, §2º, da Lei Federal nº 8.038/90¹²¹.

Com efeito, a partir deste julgamento, o Supremo Tribunal Federal consolidou a impossibilidade da execução provisória da pena imposta ao réu, ainda que esgotadas as vias recursais ordinárias, só sendo admissível, até o trânsito em julgado da condenação, a prisão de natureza eminentemente cautelar, fundamentada na realidade fática do caso concreto.¹²²

Um dado que nos chama atenção é que, em abril de 2010, ou seja, mais de um ano após o Supremo Tribunal Federal fixar entendimento pela vedação da execução provisória da pena, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 113, revogando a Resolução anterior - Resolução nº 57, passou a regulamentar o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, dispondo os seus artigos 8º e 9º que:

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis. Art. 9º A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs, acompanhada, no que couber, das peças e informações previstas no artigo 1º. §1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal. §2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente¹²³.

A mesma observação deve ser feita em relação ao entendimento esposado na Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a apelação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”¹²⁴. Ora, por congruência, deveria a Corte entender por revogado o entendimento sumulado em destaque. Afinal, como indagado por Fernando Brandini Barbagalo, o que seria a possibilidade de progressão de regime antes do trânsito em julgado da sentença condenatória senão execução provisória?¹²⁵

Destaca-se que sete anos depois, em 2016, durante o julgamento do habeas corpus 126292/SP, adiante analisado, o Ministro Teori Zavascki observou expressamente que a indigitada súmula, assim como a súmula 717, também do STF, aprovadas em sessão plenária

¹²¹ “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

¹²² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de “haver óbice à prisão para execução ainda provisória de pena na pendência de recurso especial ou extraordinário, exceção feita aos casos de prisão cautelar por decreto fundamentado”. STF. Rel. Min. Carmen Lucia. 1ª T. HC 98463/SP. Data de Julgamento: 15/09/2009.

¹²³ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=136>> Acesso em: 20 fev. 2016.

¹²⁴ Um registro histórico: a súmula 716 do STF baseou-se em vários habeas corpus e em um precedente relativo ao julgamento da Ação Penal n. 307/DF quando um ex-presidente foi processado criminalmente (e absolvido). Um dos réus foi condenado e preso em decorrência deste processo, requereu e lhe foi deferida progressão da pena antes da conclusão do processo. Seu nome: Paulo Cesar Cavalcante Farias. BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Escola de Administração Judiciária TJDF, pp. 121-121.

¹²⁵ *Ob. cit.*, p. 120-121.

realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias, ilustram o pensamento majoritário na Corte até o julgamento do *habeas corpus* 84078-7/MG.

5.1 ANÁLISE CRÍTICA DA POSIÇÃO ADOTADA PELO STF NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 84.078-7/MG

Quando o Ministro Jobim, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em visita à Suprema Corte americana, informou à Ministra Sandra O'Connors que nosso Supremo analisava cerca de 100 mil processos por ano, a Ministra foi incisiva: “Não faça isso, Presidente. Não faça isso. O estado democrático não necessita de mais do que duas decisões sobre qualquer caso”¹²⁶.

O tema da morosidade da Justiça e seus efeitos sociais já eram discutidos no momento da Assembleia Constituinte. Em debate, na Subcomissão dos “Direitos e Garantias Individuais” (10ª Reunião), foi convidado o então presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcio Thomaz Bastos, para discorrer sobre o tema, o qual ressaltou que:

Não podemos ter uma resposta lenta ao ponto de, se os tribunais do júri de São Paulo trabalhassem todos os dias, fazendo um julgamento, levarmos dezenove anos para pôr a pauta em dia. E todos nós sabemos que hoje, em São Paulo, quando alguém comete um crime de homicídio, só vai ser julgado, provavelmente, se tudo correr normalmente, depois de cinco anos do seu cometimento. Isto, sim, é um estímulo à impunidade. Cria-se aquela sensação de anomia, de impunidade que, acredito, seja um fator de criminalidade. Se tivermos uma resposta firme do Poder Judiciário, criminal, acredito que haverá uma diminuição da criminalidade. O fato de a pessoa ficar solta durante muitos anos, depois de ter cometido um homicídio, leva a população a descreer na justiça e enfraquecer o fator de intimidação que a pena deve ter. Se tivéssemos um Judiciário de resposta rápida, em que a pessoa não ficasse cinco anos solta, mas apenas seis meses, e depois fosse julgada e presa, assim, teríamos um forte fator de dissuasão da criminalidade¹²⁷.

O insigne causídico nada mais fez que retomar aquilo que Beccaria já preconizava desde o século XVIII, ou seja, a importância da efetividade da aplicação da pena em tempo adequado. Veja-se as palavras do mestre milanês:

A presteza da pena é mais útil porque quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas ideias, delito e pena; de tal modo que imperceptivelmente se consideram uma como causa e a outra como efeito necessário e indefectível. Está demonstrado que a união das ideias é o cimento que forma o intelecto humano, sem o qual o prazer e a dor seriam sentimentos isolados e sem nenhum efeito¹²⁸.

¹²⁶ FALCÃO, Joaquim. **Supremo** – compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. FGV Direito Rio, p. 83.

¹²⁷ Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, p. 49 e 81. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp> Acesso em: 15 fev. 2016.

¹²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Roberto Malta. São Paulo: WVC, 2002, p. 57.

Ainda no sentido da efetividade das decisões judiciais, Niklas Luhmann, segundo Joaquim Falcão, apontava algumas condições para que o Judiciário fosse aceito pela sociedade. A primeira delas, talvez a mais óbvia, é que este Poder produza decisões (sentenças). Ou seja, assim como o laboratório produz remédios, a hidrelétrica, energia e a fábrica, automóveis, as instituições justificam sua existência se produzirem também¹²⁹.

E aqui reside a armadilha. Pois se muitos vão ao Supremo em busca da decisão, da sentença, muitos vão justamente para impedir decisões e evitar as sentenças. Paradoxal? Certamente. Mas real. Assim, por exemplo, quantos inquilinos preferem ir à Justiça a pagar o aumento do aluguel contratado? Quantos empresários preferem ir à Justiça a pagar o imposto devido? Basta contar com a lentidão do Judiciário, sem apego aos formalismos, a chance de uma anistia fiscal e um acordo com o proprietário, e pronto. No fundo, torna-se o Judiciário a arena na qual se podem produzir sentenças ou evitá-las¹³⁰.

Não será o que está acontecendo hoje, com a utilização do direito processual – prazos, competências, provas, peritos, perícias etc. – justamente para se evitar sentenças? Não se está diante do caso de uso da lei contra o direito?

Não basta, no entanto, que o Supremo produza sentenças. É preciso, em segundo lugar, segundo Luhmann, que elas encontrem um clima social favorável à sua implementação. E, por fim, em terceiro lugar, é necessário que elas contribuam para terminar ou minorar o conflito¹³¹.

Por isso mesmo, nos Estados Unidos, por exemplo, os Ministros levam sempre em consideração o impacto social da decisão. Além de avaliar se a sentença está ou não sincronizada com a Constituição, verificam também se está sintonizada com o sentimento de justiça da população.

Entre duas interpretações constitucionalmente argumentadas, o Supremo decide por aquela mais em sintonia não com o sentimento individual de justiça, mas com o sentimento coletivo de justiça da sociedade. Até por questão de sobrevivência.

A população, quando não se sente representada pelo Judiciário, reage. E de duas formas negativas para a democracia: ou faz justiça com as próprias mãos, ou simplesmente arranja outros “juízes” para resolver seus conflitos. Como os “coronéis” do interior no passado, ou os bicheiros e traficantes das favelas de hoje. Assim, fica-se mais perto do arbítrio, da violência e do caos: e o Judiciário, mais isolado. Todos perdem.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático.

¹²⁹ *Ob. cit.*, p. 109.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 110.

¹³¹ *Ibidem*, p. 110.

No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular.

Post e Siegel, debruçados sobre a experiência dos Estados Unidos – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões¹³².

Se a Suprema Corte é o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes, é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe ao Supremo Tribunal Federal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “efetividade das sentenças condenatórias”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição.

Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que Pablo Lucas Verdú¹³³ chamara de “sentimento constitucional”, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Exatamente em busca dessa legitimidade social, é preciso que as decisões emanadas do Poder Judiciário tenham efeito concreto, dentro de um prazo razoável. Por consequência, enquanto não alterada em outras instâncias, a sentença deve ser considerada ato imperativo, ato estatal lídimo, presumidamente válido e pronta para surtir efeitos. E mais, isso é correto quando a sobredita decisão é submetida a escrutínio na segunda instância e recebe aprovação de um colegiado de julgadores.

A discussão acerca da possibilidade ou não da execução das penas privativas de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, no entanto, é bastante ampla, sobretudo quando da pendência de admissibilidade e julgamento de recursos especial ou extraordinário. Para uma linha de pensamento, escudada na literalidade do artigo 5º, LVII, a vedação constitucional dessa possibilidade seria clara. Para outros, sob o argumento da inexistência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, não.

Diante desse impasse, é objetivo principal deste trabalho demonstrar que a solução não passa apenas pela linha argumentativa das discussões travadas por ambas correntes.

¹³² Roe Rage. **Democratic Constitutionalism and Backlash**. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=990968>>.

¹³³ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. São Paulo: Forense, 2004.

Com efeito, inúmeros outros fundamentos também de ordem constitucional devem ser trazidos à discussão, a exemplo da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional, de tal forma que uma interpretação literal e isolada da regra constitucional que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória não pode ser acolhida como a mais adequada. Afinal, negar efetividade às decisões condenatórias significa um enfraquecimento do próprio sistema judiciário, concentrando carga indevida de poder decisório nas instâncias extraordinárias.

Nesse sentido, colhe-se dos votos vencidos no julgamento do HC 84.078-7/MG, proferidos pelos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, a necessidade de uma interpretação sistemática do texto constitucional, sopesando o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviados criminalmente sancionados e a salvaguarda dos cidadãos contra os poderes do Estado na persecução penal.

Nesse sentido, colhe-se do voto do Ministro Joaquim Barbosa a viabilidade da execução de pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição. No seu entender, as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo grau de jurisdição, no sentido da condenação do réu, devem ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciais prolores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete.

Assim, ressaltou que não se deve fazer letra morta das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, já que somente com uma decisão irrecorrível da Corte se poderia dar credibilidade a uma decisão condenatória.

Advertiu o Min. Joaquim Barbosa, ainda, que a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustrasse a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise dos fatos, concluindo que a adoção da tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade.

Ainda de acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, a execução provisória da pena também é de ser admitida, considerando não a culpa incontestada do réu, mas a existência de decisões judiciais condenatórias, calcadas nos exames dos fatos, que tornam legítima a privação da sua liberdade.

Para além disto, ressaltou que os recursos extraordinários e especiais não são dotados de efeito suspensivo em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual não se

configura violação ao princípio da não culpabilidade a determinação do cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente.

O Ministro ainda destacou que a Emenda Constitucional nº 45, ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença da repercussão geral, veio a reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinários, contribuindo esta tendência de racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, para a concretização do direito à razoável duração do processo.

Com base nesta Reforma, seria possível sustentar a existência de uma *voluntas legis* no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais.

Sendo assim, o princípio constitucional da presunção de inocência, pelo menos no que diz respeito ao recurso extraordinário da competência do Supremo Tribunal Federal, há de ser agora conciliado (e ponderado) com a regra constitucional segundo a qual a Corte somente está autorizada a conhecer daqueles recursos que tratem de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente, não fazendo sentido interpretar os Recursos Extraordinários como uma nova apelação e, com base no princípio em questão, deixar de executar o Acórdão tão somente em razão de o réu haver interposto um Recurso Extraordinário, que muitas vezes sequer será admitido, por ausência dos pressupostos recursais.

Encerrando seu voto, destacou o Ministro Joaquim Barbosa que se deve considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão comprometidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Afinal, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.

Seguindo a divergência, externou a Ministra Ellen Gracie sua profunda preocupação com os rumos do julgamento do referido habeas corpus, advertindo que este transcende em muito o caso concreto, alterando jurisprudência velha de vinte anos, em regime plenamente democrático, formado por nada menos que todos os luminares que os antecederam nas cadeiras do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras da Ministra, “estamos concluindo, ao que tudo indica, na sessão de hoje, que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos”.

De acordo com a Ministra, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviados criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz). Ora, explanou a Min. Ellen Gracie, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio resulte a total inanidade da persecução criminal, e desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se resente. A extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a maioria da justiça provoca na sociedade brasileira, conforme destacou, não estão a recomendar interpretação diversa.

Neste aspecto, assim como a Ministra Ellen Gracie, também propõe Douglas Fischer, em artigo publicado logo após a mudança de entendimento do Supremo acerca do tema, uma solução pela interpretação sistêmica da Constituição de 1988, amparada no princípio da proporcionalidade, a considerar não apenas a proibição de excesso, mas também a garantia de proteção insuficiente, ressaltando, para tanto:

que a exigência do exaurimento recursal das instâncias extraordinárias para se iniciar a execução de penas no Brasil importa violação ao Princípio da Proporcionalidade (mas pela proibição de insuficiência), porque tal posicionamento (partindo da interpretação isolada do art. 5º, LIV, CF), em nossa compreensão: a) fere a idoneidade, porque protege isoladamente (e de maneira supervalorizada individualmente) interesses únicos do réu que já foi condenado, sem que se favoreça minimamente a proteção dos interesses gerais e sociais, notadamente a prevenção geral positiva e a prevenção especial, diante da (muitas vezes ocorrente) prescrição (intercorrente); b) fere a necessidade, porque, pela interpretação sistêmica, há também na própria Constituição a previsão do habeas corpus, que é muito mais amplo e apto (eficaz) para a proteção de forma mais objetiva e na máxima medida possível dos direitos fundamentais dos réus-condenados que eventualmente tenham sido violados; c) viola a proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de favorecimento da norma invocada, isoladamente vista, é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o dever fundamental de o Estado agir de forma eficaz em detrimento daqueles que, mediante o devido processo legal, já restaram condenados criminalmente nas instâncias ordinária (se não com possibilidade de revisão por um órgão colegiado, ao menos com a análise do fato imputado por mais de um juiz prerrogativa de foro)¹³⁴.

Vindo a concluir que:

a) a análise isolada do contexto geral da Constituição do conteúdo do preceito insculpido no art. 5º, LVII, CF/88 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) pode levar à conclusão (teórica, jurídica e fática) de que se revelaria impossível a execução da pena enquanto não exauridas todas as instâncias recursais, inclusive as extraordinárias; b) a análise sistêmica do ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa de liberdade se penderes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (ou então

¹³⁴ Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/execucao-da-pena/4_execucao_provisoria_e_proibicao_protecao_deficiente_09_de_julho_de_2008.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos), notadamente porque há meio constitucional (habeas corpus) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal; c) concatenando-se as previsões constitucionais, não há lugar para os excessos (em detrimento do cidadão-processado), nem para a inoperância/ deficiência da prestação do serviço estatal (em detrimento dos interesses coletivos, relacionada diretamente com a eficiência e garantia da segurança social e pública), encontrando-se, nesse equilíbrio, verdadeira sistematização de preceitos que se revelam obedientes aos limites do Princípio da Proporcionalidade.

No mesmo sentido, Maria Fernanda Palma reconhece que, diante da dupla função do processo penal de garantia de defesa individual e de persecução penal estatal, não há como evitar o dilema e pondera:

O reconhecimento de que o Processo Penal tem funções preventivas que são consideradas próprias das penas não conduz, conseqüentemente, a uma necessária rejeição das funções penais do Processo Penal, como se fosse possível um discurso meramente baseado em critérios de validade ideais mas não concretizáveis. Nem todas as funções preventivas do Processo Penal são antagônicas dos direitos fundamentais do arguido. Tais funções podem ainda desempenhar um papel positivo de estabilização das reações sociais ao crime ou até da sua prevenção, impedindo reações vingativas e afastando o arguido de possíveis vítimas, estabelecendo uma via positiva para a catarse e a futura reinserção social, caso o arguido venha a ser condenado¹³⁵.

Retomando o julgamento do habeas corpus 84.078-7/MG, faz-se mister destacar o voto do Ministro Menezes Direito, segundo o qual não se pode conceber que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal possa ter o alcance que se vem pretendendo. A norma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinários e especiais, uma vez que, nesses recursos, o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato.

O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. Raciocínio diverso levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários.

O Ministro Menezes Direito ainda ressaltou que a prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos (subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do *US Code*), o Canadá (arts. 679 e 816 do *Criminal Code*) e a França (art. 367 do *Code de Procédure Penale*), chegando a indagar se toda a legislação dos países liberais e desenvolvidos que admitem a

¹³⁵ O problema Penal do Processo Penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 42.

execução provisória da pena, imediatamente após a sentença, ou decisão de segundo grau, são legislações autoritárias.

Concluiu o preclaro Ministro que seria uma incongruência maximizar o princípio da presunção de inocência, sob pena de nunca se tornar possível iniciar a execução da pena privativa de liberdade já aplicada e/ou confirmada por outras instâncias do Poder Judiciário. Em suas palavras, “temos criminosos confessos que são condenados em 1º e 2º graus e que não vão para a cadeia porque o volume de recursos, com a justificativa de prisão meramente cautelar não se esgota nunca”.

No Brasil, o problema tornar-se ainda mais grave diante da grande quantidade de recursos e ações autônomas de impugnação das decisões judiciais previstas no nosso sistema, lembrando o Min. Francisco Rezek, durante julgamento do Habeas Corpus 71.026, que:

Há países onde se pode conviver, sem consequências, desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado da decisão condenatória ocorre com maior rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.

A observação do Ministro Rezek pode ser sentida em diversos casos julgados no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro, podendo ser citando como exemplo emblemático o próprio fato criminoso que ensejou a interposição do habeas corpus 84.078 pela defesa do paciente Omar Coelho Vitor.

Com efeito, ao analisar a tramitação da ação penal subjacente ao mencionado habeas corpus, constatou Fernando Brandini Barbagalo que:

[...] o paciente, cujo nome é Omar Coelho Vitor, foi julgado pelo Tribunal do Júri da cidade de Passos/MG por tentativa de homicídio qualificado, sendo que o primeiro júri foi anulado e, realizado novo júri, foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão com regime de cumprimento fechado. O Tribunal de Minas Gerais manteve a condenação e o réu interpôs Recurso Especial. Com a expedição de mandado de prisão, o réu interpôs habeas corpus no STJ, sem sucesso e outro no STF, quando obteve a ordem através do acórdão ementado acima. Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela Ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte 'Ante o

exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ela imposta prejudicando os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213¹³⁶.

A mesma sensação de impunidade e descrédito no sistema punitivo brasileiro pôde ser observada no famoso caso do jornalista Pimenta Neves, condenado por ter assassinado sua namorada no ano 2000, vindo a ser preso somente depois de passados mais de dez anos do cometimento do crime, após o Supremo Tribunal Federal ter confirmado a condenação proferida por todas as outras instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Outro caso a ser destacado é o processo do jogador de futebol Edmundo Alves de Souza Neto, responsável por ocasionar a morte de três pessoas e lesionar outras três em acidente de trânsito ocorrido no Rio de Janeiro, em dezembro de 1995.

O jogador foi condenado em primeira instância em março de 1999 a uma pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de detenção. Em outubro do mesmo ano, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, a condenação foi mantida à unanimidade pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando foi expedido mandado de prisão para cumprimento imediato da pena mantida em segunda instância.

Irresignada com o mandado de prisão expedido, a defesa do jogador impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, solicitando que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento dos recursos especial e extraordinário que pretendia interpor, sendo a liminar concedida no mesmo dia.

Publicado o Acórdão, a defesa interpôs os recursos excepcionais, sendo ambos rejeitados em maio de 2000. Contra a decisão, a defesa de Edmundo, interpôs agravos de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o trânsito em julgado só veio a ocorrer em fevereiro de 2010. Devolvido o processo ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, havia ainda o agravo de instrumento referente à negativa do recurso extraordinário, sendo o recurso remetido para análise do Supremo em março de 2010. Porém, como era de se esperar, em agosto de 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente, entendendo por prejudicado o recurso apresentado.

Contra esta decisão, o Ministério Público Federal interpôs Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, no afã de manter a decisão de inadmissibilidade do Recurso Extraordinário e afastar a ocorrência da prescrição das pretensões punitivas e executórias. Após os votos dos Ministros Roberto Barroso (Relator) e Marco Aurélio, o julgamento foi

¹³⁶ In: **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. *Ob. cit.*, p. 119.

suspensão, por indicação do Relator, a fim de se aguardar o julgamento, no Plenário, do ARE 848.107¹³⁷.

Vale ressaltar, ademais, que o posicionamento acolhido majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal acerca da extensão da presunção de inocência foi utilizado recentemente pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, ao indeferir, nos autos da ação penal nº 470 (Mensalão), a prisão imediata dos condenados por crimes contra a administração pública¹³⁸.

Com efeito, através da Petição 66.751/2012, a Procuradoria-Geral da República solicitou que fosse dada imediata execução ao julgado, nos seus múltiplos aspectos, notadamente no que concerne às penas restritivas de liberdade, com a consequente expedição de mandados de prisão em desfavor dos condenados.

Para tanto, argumentou, em síntese, que o caso não se enquadrava no precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do habeas corpus 84.078-7 (Rel. Min. Eros Grau), uma vez que: (1) tal precedente devia ser entendido apenas como impedimento à execução enquanto ainda discutível a causa, pouco importando se na via ordinária ou extraordinária; (2) no habeas corpus 84.078-7, ainda havia recurso pendente, o qual era dotado de efeito devolutivo, apto a ensejar a modificação do julgado, ao passo que a ação penal nº 470, por ter sido aplicada em uma única instância, não estava sujeita a instância revisora; (3) como não seriam admissíveis embargos infringentes (RISTF, art. 333, I e parágrafo único), em virtude do advento da Lei 8.038/1990, que regulou por inteiro os processos aos quais se refere, a única espécie recursal cabível no caso seria o recurso de embargos de declaração, o qual se presta apenas para integrar a decisão embargada, e não para alterá-la, já que o seu efeito dito infringente ou modificativo é eventual, atípico e excepcional.

Por essas razões, aduziu o Procurador-Geral da República que o acórdão condenatório teria, inegavelmente, o caráter de definitividade. Noutras palavras, quando exercida em uma única instância, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal não dependeria do trânsito em julgado para que sua decisão pudesse ser considerada definitiva.

Como é por todos sabido, esse entendimento foi refutado pelo Min. Joaquim Barbosa, que, monocraticamente, na qualidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal, indeferiu o pedido de imediato recolhimento dos condenados à prisão.

Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, o pleno do Supremo Tribunal Federal, em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do habeas corpus 84.078-7, por maioria, contra o seu voto, ressaltou, entendeu incabível o início da execução penal antes do trânsito em julgado da

¹³⁷ AI 794971/RJ. Observa-se, portanto, que passados mais de 16 (dezesesseis) anos do Acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o caso ainda se encontra pendente de julgamento, vedando-se a execução provisória da pena.

¹³⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/12/barbosa-nega-pedido-de-prisao-para-os-reus-condenados-no-mensalao.html>> Acesso em: 16 fev. 2016.

condenação, ainda que exauridos o primeiro e o segundo grau de jurisdição. Por seguinte, até o trânsito em julgado da condenação, só haveria espaço para a prisão de natureza cautelar.

Sendo assim, aduziu o Ministro, não haveria como prosperar o argumento do Procurador-Geral da República de que o acórdão condenatório que se pretendia executar de imediato, embora ainda não transitado em julgado, seria definitivo, já que incabível a interposição de embargos infringentes, e os embargos declaratórios, apesar de cabíveis, não acarretariam, ao menos em regra, a modificação do julgado.

Acrescentou em sua decisão, ademais, que a questão relativa ao cabimento ou não dos embargos infringentes (RISTF, art. 333, I e parágrafo único) em caso de condenação criminal em que há, no mínimo, quatro votos absolutórios ainda seria enfrentada pelo Pleno da Corte Suprema, não se podendo, naquele momento, concluir pela inadmissibilidade desse recurso.

Aliado a isso, ponderou o Min. Joaquim Barbosa que os chamados efeitos infringentes dos embargos de declaração, embora eventual, atípico e excepcionalíssimos, como bem frisou o Ministério Público Federal, seriam, ao menos em tese, possíveis de ocorrer. E, ocorrendo, poderiam levar à modificação do julgado, o que, em rigor, afastaria a conclusão de que o acórdão condenatório proferido pela Corte Suprema em uma única instância seria definitivo.

Observou, no entanto, que, nos casos em que verificada a interposição sucessiva de recursos manifestamente protelatórios, manejados com o claro propósito de impedir o trânsito em julgado da condenação, o Supremo tem determinado o início da execução da sanção imposta, sob pena de admitir-se a possibilidade de o réu, mediante sucessivos embargos de declaração, impedir, eternamente, o cumprimento da pena a que foi condenado.

Todavia, entendeu o relator que não se poderia presumir, de antemão, que os condenados, tal como sustentado pelo Procurador-Geral da República, lançariam mão desse artifício. Seria necessário examinar a quantidade e o teor dos recursos a serem eventualmente interpostos para concluir-se pelo seu caráter protelatório ou não.

Essa interpretação extensiva dada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do alcance do princípio da presunção de inocência, é certo, muitas vezes, não sem razão, pode ser compreendida por parte da sociedade brasileira como sinônimo de impunidade, sendo difícil ao cidadão comum entender, por exemplo, como um político condenado pela mais alta instância do Poder Judiciário ainda tenha sido empossado no cargo de Deputado Federal¹³⁹.

¹³⁹ O exemplo refere-se ao ex-Deputado Federal pelo Partido dos Trabalhadores, José Genuíno, que assumiu o mandato após condenação proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação penal nº 470 (Mensalão). Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/01/03/condenado-pelo-stf-jose-genoino-toma-posse-como-deputado-federal.htm>> Acesso em: 10 fev. 2016.

Como enfatizou-se, estudos realizados, apresentando o panorama da execução provisória em diversos países, demonstram que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de permitir que um condenado em segunda instância recorra em liberdade, contraria uma tendência mundial sobre o tema. Segundo o estudo, nos ordenamentos jurídicos dos países avaliados, a execução de uma condenação penal não tem de esperar o esgotamento de todos os recursos para ser iniciada.

Nesse sentido, na oportunidade do julgamento do habeas corpus 85886/2005, a Ministra Ellen Gracie, contrária à tese vencedora no Supremo, já havia afirmado que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema”, demonstrando que o Brasil, até aquele momento, adotava uma posição insular em relação ao tema, sem paralelo em nenhum outro sistema jurídico¹⁴⁰.

Conforme destacado no momento da análise do texto constitucional alienígena, o princípio da presunção da inocência, mesmo em países com grande tradição na defesa dos direitos fundamentais, não impõe a necessidade de que se esgotem todas as possibilidades de recurso para que se inicie a execução da pena. A observância do contraditório, da ampla defesa e do ônus da prova da acusação em processo justo já são suficientes para a configuração da presunção da inocência.

Os estudos demonstram que a demora no trâmite judicial, aliada aos curtos prazos prescricionais, pode tornar impossível a resposta do Estado às ações criminosas. E que a questão se torna mais grave quando se trata dos chamados crimes do colarinho branco, cujos agentes têm acesso a todas as instâncias da Justiça.

Tais conclusões estão de acordo com a afirmação do Ministro Joaquim Barbosa que, numa contundente crítica ao entendimento prevalente da Corte Suprema no julgamento do habeas corpus 84.074-7, disse que “estamos criando um sistema penal de faz-de-conta. Se tiver que esperar os deslocamentos de recursos, o processo jamais chegará ao fim”.

Trabalhos desenvolvidos no âmbito do Ministério Público Federal ainda apontam que negar efetividade às decisões condenatórias significa um enfraquecimento do próprio sistema judiciário, concentrando carga indevida de poder decisório nas cortes superiores, algo que não é previsto na Constituição Brasileira¹⁴¹.

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=85886&classe=HC>> Acesso em: 05 fev. 2016.

¹⁴¹ Os trabalhos realizados sobre o tema estão disponíveis no site da 2ª Câmara Criminal: <<http://2ccr.pgr.mpf.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/execucao-da-pena/workshop-execucao-provisoria-da-pena-2008/>> Acesso em: 23 fev. 2016.

Não se pode afirmar que a sentença proferida após instrução regular em contraditório é mera situação jurídica de sentença. Afinal, como pronunciava Tornaghi, “autoridade desautorizada é paradoxo, é contradição”¹⁴².

No mesmo sentido, Liebman, ao dissertar sobre a sentença e a sua natureza diante da possibilidade de reavaliação por recurso, expunha:

Por certo o juiz, ao decidir, pode cometer erros, e é esta uma hipótese que a lei prevê e considera, estabelecendo uma série de garantias e de remédios para evitar e reparar os erros; mas até que não se lhe demonstre a contrariedade com o direito, deve a sentença reconhecer-se como aplicação válida do poder jurisdicional¹⁴³.

Exatamente por isso, por essa “aplicação válida do poder jurisdicional”, enquanto não alterada em outras instâncias, a sentença deve ser considerada ato imperativo, ato estatal lídimo, presumidamente válido e pronta para surtir efeitos. E mais, isso é correto quando a sobredita decisão é submetida a escrutínio na segunda instância e recebe aprovação de um colegiado de julgadores. Evidentemente que, ao confirmar o veredito inicial, a chancela do Tribunal confere mais peso aos argumentos lançados na peça decisória inicial, reforçando-a como um todo, nos seus argumentos e na força do entendimento inicial.

Não se pode perder de vista, ademais, que os recursos são uma forma de provocação dos órgãos judiciais de instância superior para que reexaminem a matéria e não para chancelar ou reprovar o que foi feito anteriormente.

Não se sugere aqui, como podem pensar alguns, que a lei ordinária (art. 637, CPP e art. 27, §2º, Lei Federal nº 8.038/90) deva prevalecer sobre o ditame constitucional (art. 5º, LVII, da CF). Longe disso. Ocorre que, ampliando-se a análise da questão, vislumbra-se a aproximação com outras matérias de ordem constitucional de igual hierarquia (direitos fundamentais), visto que os diplomas legais em questão conformariam as garantias constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional. Assim sendo, o problema envolve uma (aparente) controvérsia entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais subjacentes aos dispositivos legais anteriormente referidos (art. 637, CPP e art. 27, § 2º, Lei Federal nº 8.038/90).

Retoma-se neste momento o pensamento que fora enfatizado linhas atrás, segundo o qual o conflito não ocorre propriamente entre uma regra e um princípio, mas entre este e um outro princípio que a justifica ou a conforma. Para os que assim compreendem, o método de resolução da colisão volta a ser o “sopesamento”. Porém, não o sopesamento entre a regra e o princípio em colisão, mas entre este e o princípio que está “por detrás” da norma-regra, subjaz e dá suporte a ela. A ponderação, nesse caso, sempre se dará de maneira aceitável e coerente,

¹⁴² TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 28.

¹⁴³ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 138.

sem ferir a estrutura e a hierarquia normativas se ambos os princípios forem normas constitucionais dispostas como direitos fundamentais.

Repise-se, portanto, que não se trata de cotejar os dispositivos dos art. 637 do CPP e 27, § 2º, da Lei nº 8.038 desnudos de seu vetor constitucional com os ditames do art. 5º, LVII, CF. Trata-se, isso sim, de esgrimir todos os aspectos envolvidos no plano constitucional e assim encontrar a solução mais acertada. Apesar de inquestionável, vale ressaltar as palavras de Cappelletti e Garth quanto à caracterização de direito fundamental da efetividade da jurisdição:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹⁴⁴.

Deve-se enfatizar, por oportuno, também a existência do interesse da(s) vítima(s) e seus familiares na duração razoável do processo, eis que diretamente interessada(s) no desfecho do processo, quer psicologicamente, quer financeiramente, eis que concluído o processo e havendo condenação, poderá requerer diretamente a reparação dos prejuízos através de ação civil *ex delicto* (art. 63, CPP), caso não tenha sido determinada a reparação mínima de que trata o art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

Nesse aspecto, acertadamente, Jorge E. Vasquez Rossi, ponderando sobre os direitos do réu e os interesses da vítima, afirma:

Porque evidente que a resposta mediata do sistema penal através da garantia da efetividade da jurisdição, exige que não se estendam no tempo: notório e injusto constrangimento ao imputado, coativamente submetido ao processo (o que ofende o princípio da presunção da inocência), nem as legítimas expectativas da eventual vítima, é óbvio que se dá uma situação de frustração social quando as causas se arrastam em razão da complexa burocracia, com solução chegando muitos anos depois dos fatos, quando o conflito desapareceu e mesmo os envolvidos praticamente já o esqueceram ou, decerto, já são outras pessoas¹⁴⁵.

O inciso [LVII](#) do art. [5º](#) da [Constituição Federal](#) deve ser lido, ademais, em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12-13.

¹⁴⁵ ROSSI, Jorge E. Vasquez. **Derecho procesal penal**. Tomo I. Conceptos Generales, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 297. Tradução livre. No original: “*Porque claro que median la respuesta del sistema de justicia penal, garantizando la eficacia de la jurisdicción no requiere extender en el tiempo: limitación notoria e injusto en coativamente imputado sometido al proceso (que ofende el principio de presunción de inocencia), ni expectativas legítimas de cualquier víctima, es obvio que da una situación de frustración social cuando las causas arrastre debido a la compleja burocracia con solución próximos muchos años después del hecho, cuando el conflicto desapareció e incluso implicado ya casi olvidado o, por supuesto, que ya son otros*”.

admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, como visto, a prática internacional.

Posto isso, conclui-se equivocadamente afirmar que a presunção de inocência exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, outrora designada pelo Ministro Rezek como “extravagâncias barrocas” do processo penal brasileiro, para que, só então, se dê consequência à sentença condenatória.

A decisão judicial que seja mantida pelo Tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo a presunção de inocência. Esta é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe ao juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Afinal, como sustentar a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória se, em momento anterior, o Magistrado de primeira instância ou o Tribunal respectivo desconsiderarão a indigitada presunção, pois, do contrário, como condenar?

A orientação adotada pela maioria do Supremo Tribunal Federal, também não se compatibiliza com a instituição do Júri, igualmente prevista no artigo 5º da [Constituição](#), que possui soberania de seus veredictos (inciso XXXVIII), mas os condenados, com um mero recurso de apelação ou mesmo com recurso especial ou extraordinário, acabam sem cumprir aquilo que decidira o soberano órgão. Que soberania é esta que está condicionada à ação de terceiros e sujeita ao próprio condenado?

Em arremate, faz-se necessário consignar que também não é de se invocar o Pacto de San José da Costa Rica, vez que este não veda o cumprimento imediato da pena, enquanto pendente recurso sem efeito devolutivo, tampouco o condiciona ao trânsito em julgado. Como dispõe o art. 8º, 2, alínea “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a garantia está restrita ao direito de recorrer contra a sentença condenatória, não sendo previsto um terceiro grau de jurisdição.

5.2 Mudança de perspectiva: a eficácia da sentença penal condenatória

Nesta matéria, a verdade é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos Robert Post e Reva Siegel¹⁴⁶ identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de determinação do imediato cumprimento

¹⁴⁶ Roe Rage. **Democratic Constitutionalism and Backlash**. Disponível em: <papers.ssrn.com/abstract=990968>.

da pena após a condenação ou mera confirmação da sentença condenatória por órgão colegiado integrante do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva de mudança do entendimento da Corte, faz-se necessário pontuar que, desde 2009, a composição do Supremo Tribunal Federal mudou significativamente. Dos 11 ministros que participaram do julgamento do habeas corpus 84.078-7/MG, seis deixaram a Corte nos últimos anos. Três deles votaram em favor da execução provisória da pena (Menezes Direito, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa) e três pela possibilidade de prisão apenas após o trânsito em julgado (Cezar Peluso, Ayres Britto e Eros Grau).

Os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Luiz Fux não participaram do julgamento de 2009. Caso o tema voltasse a julgamento, a posição dos novos ministros seria decisiva, como se revelou no ano de 2016, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP.

De lá para cá, a excessiva interposição de recursos já vinha sendo notada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a Corte a determinar, nos casos de abuso, a baixa dos autos para execução da sentença criminal, independentemente da publicação do acórdão e da interposição de qualquer outro tipo de recurso¹⁴⁷.

Na sessão do dia 10 de fevereiro de 2015, durante o julgamento do habeas corpus nº 125.555/PR, impetrado pelo ex-Diretor da Petrobras, Renato de Souza Duque, envolvido na “operação Lava jato”, os Ministros do STF travaram interessante debate sobre a posição da Corte acerca da prisão após o pronunciamento de mérito do Poder Judiciário, à luz do princípio da presunção de inocência, sendo invocada a necessidade rediscussão da jurisprudência¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Nesse sentido, observem-se os seguintes excertos: Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Questões afastadas nos julgamentos anteriores. Não há omissão ou contradição [...]. Embargos de declaração rejeitados. Considerando que a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal está próxima, independentemente do trânsito em julgado desta decisão, devem ser baixados os autos ao Juízo de origem de imediato, para o cumprimento da pena imposta. RE 628582 AgR-ED/RS/Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Recurso extraordinário contra acórdão do Supremo Tribunal Federal. Consumação do Trânsito em julgado. Jurisdição desta Corte encerrada no presente feito. Recurso manifestamente protelatório. Circunstancia que autoriza o imediato cumprimento da decisão proferida por esta Suprema Corte, independentemente da publicação do Acórdão. Precedentes. Regimental a que se nega provimento. Baixa imediata para execução da pena imposta. AI 728267 AgR-AgR/RS.

¹⁴⁸ Segue-se alguns trechos do debate: [...] O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É verdade. Bem, mas o Ministro Peluso fazia uma ressalva, que era a possibilidade de se decretar a prisão em casos de eventual prognóstico sobre continuidade delitiva, abrindo então exceção, e aí dizia: na sentença ou na decisão de segundo grau já se poderá fazer esse tipo de consideração. Eu tenho a impressão de que o próprio prognóstico que se faz quanto a esse risco de fuga ganha densidade, plausibilidade, materialização a partir de juízos condenatórios. E eu tenho a impressão de que, em algum momento, acho que nós temos encontro marcado com essa questão. Em algum momento nós vamos ter que submeter esse tema à revisão. Eu sei que no próprio Congresso Nacional há esforços nesse sentido de quebrantar a presunção de inocência, de fazer essa revisão. Ainda há pouco alguém narrava essa situação: o sujeito vai a júri, é condenado por um homicídio grave, mas, como estava livre quando do julgamento, vai ao júri, é condenado por unanimidade e depois sai solto porque tem que esperar o trânsito em julgado. Recentemente nós tivemos no Plenário um caso também emblemático em que já se entrava com recurso extraordinário contra inadmissão do recurso especial ou algo assim, com o notório objetivo de, tanto quanto possível, retardar o inevitável trânsito em julgado. É um tema que nós precisamos realmente revisar. A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA – E acho até, Ministro, que, na verdade, neste caso, não tem a ver com a presunção de inocência, que seria realmente imodificável até por emenda constitucional, mas tem a ver

O ponto interessante a se observar no julgamento deste remédio constitucional foi a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que, no passado, foi categórico ao julgar que a execução provisória da pena violava o princípio da presunção de inocência.

Segundo notícias vinculadas em páginas virtuais, assim como o Ministro Gilmar Mendes, alguns de seus pares também passaram a expor críticas ao uso por pessoas condenadas dos recursos especiais ao Superior Tribunal de Justiça e dos recursos extraordinários ao STF para, de acordo com eles, buscar a prescrição dos crimes pelos quais foram condenados¹⁴⁹.

Acrescente-se que, quando estava no comando do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou de perto o julgamento dos acusados do assassinato da Deputada alagoana Ceci Cunha, passando a expor ainda mais críticas ao sistema adotado em 2009, especialmente no que se refere à demora nos julgamentos proferidos no âmbito do júri.

O caso estava incluído no programa criado pelo Conselho Nacional de Justiça para monitorar e agilizar julgamentos de grande repercussão social. Naquele caso, o CNJ trabalhou para que os condenados saíssem do julgamento presos. O Conselho articulou para que não pudessem recorrer em liberdade.

Agora, mais recentemente, por ocasião do julgamento do habeas corpus nº 127.186/PR, relativo à conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, para alguns dos réus da “operação Lava Jato”, o Min. Gilmar Mendes voltou a afirmar:

com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal haverá de fazer. Fico pouco à vontade para debater, porque votei vencida, porque sempre considerei que a presunção é de não culpabilidade penal, pelo que esta presunção se rompe quando já se tem esgotadas as instâncias que instruíram e condenaram, porque aí o que se vai poder alterar já não é mais, em princípio, o juízo condenatório. Portanto, a presunção é de não culpabilidade penal, no momento em que se rompe essa presunção rompe-se a garantia. Mas, fico muito contente em saber que o voto vencido de um dia pode ser... O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Estou caminhando, então, na direção de Vossa Excelência, Ministra Cármen. [...] O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Então, gostaria também de, na oportunidade, registrar essa reflexão. Há pouco tempo eu discutia esse tema, no âmbito do meu gabinete, com a minha assessoria e dizia que, é claro, por necessidade até de afirmação de padrões civilizatórios mínimos, no que diz respeito à Justiça Criminal em sentido lato, o Tribunal tem tentado fixar parâmetros muitos rígidos, até porque ele quer fixar uma orientação para o sistema como um todo. Mas é evidente que, de quando em vez, em função dessa necessidade de ter normas muito claras a partir da jurisprudência, ele pode - e estou dizendo isso fazendo também um mea-culpa - resvalar por um certo romantismo judicial - vou me permitir a formulação - que não condiz com essa realidade. Quando nós começamos a pesquisar os casos no Direito Comparado, nós passamos a ver que estamos na exceção dos países que exigem esse trânsito em julgado nessa dimensão, até porque em muitos países o trânsito julgado se dá com a decisão de segundo grau - como o modelo Alemão que o Doutor Odim conhece muito bem -, depois disso praticamente já quase não há recurso, a não ser, eventualmente, uma *Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, mas já supondo o trânsito em julgado. Então, tenho a impressão de que nós teremos que rever isto, primeiro, para admitir a prisão depois da decisão de segundo grau, e até mesmo para admitir a prisão já com a sentença condenatória, ainda que com este viés de decisão de caráter provisório, mas protetivo da integridade do sistema. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Acho que a única preocupação é garantir mesmo. O direito de defesa é essencial e não se pode, de jeito nenhum, diminuir esses direitos que são direitos fundamentais. O que se tem é de saber como compatibilizar esses direitos com o direito à paz, que cada um tem de ter uma resposta judicial efetiva e eficaz e que torne a sociedade civilizada dentro de um marco fixado constitucionalmente, sem embargos, como Vossa Excelência disse.

¹⁴⁹ Disponível em: <<http://jota.info/stf-pode-mudar-de-opiniao-sobre-prisao-antes-de-acordao>> Acesso em: 26 jan. 2016.

É evidente que a soltura dos acusados vai gerar na sociedade sensação de impunidade. Estamos tratando de um caso rumoroso. A lentidão de nossa justiça faz com que a sociedade aviste as prisões preventivas como instrumento de punição, não de garantia. Para combater a impunidade, precisamos assegurar que os processos cheguem a julgamento em tempo razoável. E nos resta reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas. Por isso, no julgamento do Habeas Corpus 125.555, afirmei que o STF precisa rediscutir a compatibilidade da prisão após o julgamento da apelação com a presunção de não culpabilidade¹⁵⁰.

O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016, conforme será analisado no item 5.2.3, retomou sua jurisprudência anterior e passou a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já seja executada.

Antes de analisar-se os argumentos utilizados pelos Ministros, destacar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas ações que questionavam a constitucionalidade da Lei 135/2010 – lei da “Ficha Limpa” – e, na sequência, far-se-á a análise da proposta de Emenda Constitucional defendida pelo Ministro Cesar Peluso, cognominada “PEC dos Recursos”.

5.2.1 A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa: a presunção de inocência no âmbito da Justiça Eleitoral

No que se refere à aplicação da presunção da inocência ao Direito Eleitoral, referente à questão da inelegibilidade da pessoa condenada criminalmente, o Supremo Tribunal Federal, por nove votos a dois, afirmou quando do julgamento da ADPF nº 144/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que a presunção de inocência incide no âmbito do processo eleitoral, impedindo que condenações ainda não transitadas em julgado possam caracterizar hipótese de inelegibilidade.

Na oportunidade do julgamento, o Ministro Celso de Mello, relator, deixou consignado que, antes do momento fixado pela Constituição – o trânsito em julgado, o Estado não poderia tratar indiciados ou réus como culpados, vez que a presunção de inocência impõe

¹⁵⁰ Esse resgate à interpretação tradicional do STF já produz efeitos nos tribunais. Por exemplo, ao julgar o recurso de Apelação nº 5007326-98.2015.4.04.7000/PR, referente a denominada “Operação Lava-Jato, o TRF da 4ª Região assim se pronunciou: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "OPERAÇÃO LAVA-JATO". INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONDENAÇÃO PELO CRIME ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INTERDIÇÃO DO EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. DETERMINAÇÃO. [...] 7. Entende o Supremo Tribunal Federal ser indispensável o trânsito em julgado para o início da execução da pena, à luz do princípio da presunção de inocência. No entanto, recentes manifestações da própria Corte Constitucional apontam para a necessidade de revisitar o tema, no sentido de estabelecer o início da execução a partir da decisão condenatória de segundo grau. 8. A legislação brasileira não veda expressamente a execução provisória da reprimenda penal, sendo compatível com o nosso sistema constitucional o início do cumprimento quando pendentes de julgamento apenas os recursos excepcionais e sem efeito suspensivo. Nesse sentido era a orientação do próprio STF e do STJ, que editou a Súmula nº 267. 9. Hipótese em que, para além dos requisitos da prisão preventiva que fora decretada e resta mantida, é cabível a expedição de guia de execução provisória para cumprimento da pena, medida já adotada pelo Magistrado de origem. [...]. TRF 4. Relator João Pedro Gebran Neto.

ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades¹⁵¹.

Paradoxalmente, conforme já foi destacado, no julgamento conjunto das ADCs 29, 30, e ADI 4578, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a adequação da Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da “Ficha Limpa” – à Constituição, alterou esse posicionamento, ficando consignado que:

A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

A lei questionada estabelece no artigo 1º, I, “c”, a inelegibilidade por oito anos dos pretendentes a candidatos “que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado” pelos crimes que elenca, ou seja, impede o registro da pessoa que pretenda ser candidato condenada ainda que tal decisão seja passível de combate por recurso.

Na oportunidade, propôs o Ministro Luiz Fux, 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 acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144, segundo o Min. Fux, “reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albos da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral” e que a maturidade democrática atualmente vivenciada assegura que temas antes intocáveis tornam-se passíveis de análise, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que, repise-se, já está solidamente instalada.

Concluiu aduzindo que “a presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela

¹⁵¹ “O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento – insista-se, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fosse. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República”.

Lei Complementar nº 135/10”, vez que sua aplicação neste âmbito não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral atentaria contra a vedação de retrocesso.

5.2.2 A proposta de Cesar Peluso: a PEC dos Recursos

Em um dado momento do seu voto proferido nos autos do *Habeas Corpus* 84.078/MG, o Relator Eros Grau menciona um julgamento sobre a inconstitucionalidade de uma lei mineira que determinava o afastamento e a redução de vencimentos dos servidores públicos que respondessem a processo em razão de prática de crime funcional. O Supremo afirmou que essa lei, que tratava de questões salariais seria violadora do princípio da presunção de inocência (RE nº 482.000/MG). Ao mencionar o julgamento o relator desafiou:

Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade [...] Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Apesar da colocação do relator, os números demonstram que os recursos extraordinários (em sentido lato) jamais foram instrumentos processuais utilizados pelas classes consideradas subalternas, sobretudo na área criminal.

De acordo com dados do próprio Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2008 e 2011, foram conhecidos pelo Supremo apenas seis recursos extraordinários em matéria criminal interpostos pelas Defensorias Públicas dos Estados e da União, órgãos que possuem atribuição para defender os representantes das classes economicamente menos favorecidas.¹⁵²

Ademais, dados do projeto Supremo em Números, coordenado por Pablo Cerdeira, da Escola de Direito e do Centro de Matemática Aplicada, ambos da Fundação Getúlio Vargas, mostram que cerca de 70% (setenta por cento) dos recursos que chegam ao Supremo são agravos de instrumento, quer dizer, questões processuais e não de mérito. Mostram também que 90% (noventa por cento) dos processos já tiveram, pelo menos, duas decisões.¹⁵³

Esses números serviram para o Ministro Cesar Peluso, presidente do Supremo à época do julgamento do habeas corpus 84.078, apresentar proposta de emenda constitucional no sentido de afastar definitivamente efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especial objetivando evitar o que chamou de “eternização dos processos”.

¹⁵² Dados obtidos junto a Central do Cidadão – STF, apontamento n. 195499.

¹⁵³ Projeto desenvolvido pela FGV Direito Rio que analisa as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição (1988) até os dias de hoje. Os relatórios produzidos até o momento estão disponíveis em: <www.supremoemnumeros.com.br>. Acesso em 16 fev. 2016. Os dados mencionados encontram-se no primeiro relatório.

Em artigo publicado na página do Supremo Tribunal Federal em junho de 2011, o Ministro argumentou que sua proposta serve para combater a lentidão dos processos e a impunidade, dois dos mais graves problemas do sistema judicial brasileiro, acabando com a chamada “indústria dos recursos”, em que manobras protelatórias retardam o andamento dos processos e impedem a execução das sentenças penais condenatórias¹⁵⁴.

Como já se enfatizou nesta obra, o Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal. Dos países que compõem a *Comissão de Veneza*¹⁵⁵ – que reúne representantes de Cortes Superiores de 56 países – apenas o Brasil apresenta quatro instâncias diversas de julgamento de um processo individual. Na maioria deles, os processos são submetidos à apreciação do juiz de primeiro grau, com possibilidade de apenas um recurso.

A opção por um sistema quádruplo produz intoleráveis problemas, como a eternização dos processos, a sobrecarga do Judiciário e a morosidade da Justiça; cria dificuldades operacionais que afetam diretamente a eficiência, a segurança jurídica e, portanto, a própria credibilidade do Poder Judiciário brasileiro.

Vê-se, assim, que a concepção e a estrutura do sistema recursal brasileiro não jogam a favor da duração razoável do processo: para se tornar definitiva, a decisão deve passar por um longo périplo entre a primeira instância e o Supremo Tribunal Federal, com diversas possibilidades de contestação de cada decisão.

De acordo com o professor Joaquim Falcão, ex-membro do Conselho Nacional de Justiça, essa deformação é responsável pela lentidão da justiça e pela sobrecarga dos magistrados e do Supremo sobretudo. Em tom crítico, o professor vocifera:

¹⁵⁴ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>> Acesso em: 26 jan. 2016.

¹⁵⁵ A Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, mais conhecida pelo nome de Comissão de Veneza, cidade onde ela se reúne, é um órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais. Criada em 1990 como um acordo entre 18 membros do Conselho da Europa, a partir de 2002, ela passou a permitir que Estados não europeus se tornassem membros. A Comissão de Veneza se compõe de especialistas independentes, nomeados por quatro anos pelos Estados-Membros, e se reúne quatro vezes por ano, em Veneza (Itália), em sessão plenária, para aprovar seus pareceres e estudos e para promover a troca de informações sobre desenvolvimento constitucional. A adesão do Brasil foi impulsionada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão com o qual a Comissão entrou em contato no quadro de cooperação com a Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional, da qual o Supremo Tribunal é membro fundador. Com essa adesão, o Brasil tornou-se o 56º país membro da Comissão de Veneza. Dentre várias atividades, a Justiça Constitucional é uma das principais áreas de atuação da Comissão de Veneza. Em seu âmbito foi criado um Conselho de Justiça Constitucional, que visa a reunir e divulgar a jurisprudência constitucional dos Países Membros e Associados. A difusão da jurisprudência constitucional é feita por meio da publicação de um *Boletim de Jurisprudência Constitucional*, que oferece aos leitores resumos das decisões mais importantes das Cortes participantes e da Codices, que é uma base de dados com milhares de decisões resumidas, textos completos das Constituições, descrições de inúmeras Cortes de todo o mundo e as leis que as regem. Além disso, há a cooperação por meio do envio de questões às diversas Cortes que compõem a Comissão de Veneza, com o objetivo de realizar consultas sobre assuntos específicos. O STF recebe com frequência questões de diversos países. Mais informações em <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.phpsigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=159669>. Acesso em: 18 mar. 2016.

caso haja qualquer alegação de que estaria ocorrendo uma violação constitucional em qualquer processo, este não para mais. Caminha, caminha, e vai ao Supremo. Só o Supremo é que vai dizer se existe ou não a violação. [...] O problema é simples. E os números confirmam. O estado democrático de direito, o devido processo legal, exige pelo menos dois julgamentos para assegurar a imparcialidade da Justiça. Mais do que isso, só excepcionalmente, ou é então desperdício protelatório. Somos um país de quatro graus de jurisdição. Daí resultam tempo desnecessário dos magistrados, dinheiro desperdiçado do contribuinte e insegurança jurídica da sociedade¹⁵⁶.

Em termos simples, a Proposta de Emenda Constitucional nº 15 (PEC dos Recursos), de 2011, tem o escopo de alterar, em primeiro lugar, o artigo 102, I, da Constituição Federal, inserindo-lhe a alínea “s”, com o intuito de, no âmbito das competências do Supremo Tribunal Federal, transformar o recurso extraordinário na denominada “ação rescisória extraordinária”. Para tanto, revoga o inciso III do aludido dispositivo constitucional, que atualmente prevê a competência para o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal mediante o instrumento do Recursos Extraordinário, ao mesmo tempo em que promove adaptações no § 3º do mesmo artigo. Inclui, ademais, § 4º no art. 102, para exigir repercussão geral das questões constitucionais discutidas da nova ação rescisória, assim como em relação ao recurso extraordinário¹⁵⁷.

Em suma, o que era recurso extraordinário passa a ser tratado como ação rescisória extraordinária, preservadas as hipóteses de cabimento daquele no que diz respeito a esta.

Com efeito, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal limitar-se-ia à análise do recurso ordinário (art. 102, II, da CF), na medida em que as controvérsias hoje discutidas no recurso extraordinário passariam a ser analisadas no campo da competência originária da Corte, vale dizer, por meio da nova ação rescisória extraordinária.

Essa mesma lógica é aplicada em relação às competências do Superior Tribunal de Justiça. O Recurso Especial é substituído pela “ação rescisória especial”. Revoga-se, para tanto, o inciso III do art. 105 da CF, que atualmente prevê o recurso especial, acrescentando-se, em contrapartida, alínea “j” ao inciso I do mencionado comando constitucional, prevendo o novo instrumento da Ação Rescisória Especial. As hipóteses de cabimento do Recurso Especial são deslocadas para a nova ação rescisória especial, mediante a introdução de § 2º no art. 105 da Constituição Federal. Por fim, ao acrescentar § 3º no já citado art. 105, a PEC nº

¹⁵⁶ FALCÃO, Joaquim. **Supremo** – compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. FGV Direito Rio, p. 197.

¹⁵⁷ Art. 1º O art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 102, I [...], s) a ação rescisória extraordinária; § 3º A ação rescisória extraordinária será ajuizada contra decisões que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, sempre que: I – contrariarem dispositivo desta Constituição; II – declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III – julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; IV – julgarem válida lei local contestada em face de lei federal. § 4º Na ação rescisória extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros” (NR).

15 preceitua que a “a lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial”¹⁵⁸.

Ao mudar a natureza jurídica de recurso para ação rescisória, têm-se, conseqüentemente, que as decisões provenientes dos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais Estaduais ganharão força de trânsito em julgado, podendo ser alteradas não mais em grau recursal, mas apenas a título rescisório.

Nessa perspectiva, de acordo com o Ministro Cesar Peluso:

Com a PEC dos Recursos, as ações serão mais rápidas, e o sistema judiciário terá uma carga muito menor de processos. Além de combater a morosidade dos processos da minoria da população que busca o Judiciário para a solução de conflitos, a medida contribuirá também para ampliar o acesso à Justiça por parte da grande maioria da população, que hoje não recorre ao sistema judiciário porque sabe que a causa pode arrastar-se por anos. Uma Justiça rápida e eficiente é do interesse de toda a sociedade. O Direito deve ser um instrumento eficaz de pacificação dos conflitos. Processos excessivamente longos criam insegurança jurídica. Por acelerar os feitos judiciais, a PEC dos Recursos aumenta a segurança jurídica e fortalece a Justiça, um dos mais essenciais dos serviços públicos. A proposta atende também aos interesses dos profissionais do Direito. A medida reforça a responsabilidade dos juízes e dos tribunais locais e regionais, que terão seu desempenho avaliado mais de perto pela sociedade. Também interessa à grande maioria dos advogados, que vive da solução de litígios e não se vale de manobras protelatórias junto a tribunais superiores. A Constituição brasileira assegura a todos a razoável duração e a celeridade da tramitação dos processos. A morosidade corrói a credibilidade da Justiça, favorece a impunidade e alimenta o descrédito no Estado de direito e na democracia. É disso que trata o debate sobre a PEC dos Recursos. A quem pode interessar a lentidão do sistema judicial?¹⁵⁹

De acordo com o Relator da proposta, Senador Aloysio Nunes Ferreira:

passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, cremos que a sociedade brasileira começa a se dar conta de que algo deve ser feito para coibir o

¹⁵⁸ Art. 2º O art. 105 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como §1º: “Art. 105, I [...], j) a ação rescisória especial; § 1º [...]; § 2º A ação rescisória especial será ajuizada contra decisões dos Tribunais Regionais Federais ou dos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, sempre que: I – contrariarem tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; II – julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal; III – derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. § 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial”.

¹⁵⁹ Em reforço, o Ministro apresentou números que confirmam a necessidade de mudança: “[...] Os números mostram que não é o recurso extraordinário, mas o habeas corpus – que não seria atingido pela PEC –, o instrumento mais utilizado para reverter prisões ilegais. Além disso, em 2009 e 2010, dos 64.185 recursos extraordinários e agravos de instrumentos distribuídos aos ministros do STF, apenas 5.307 (cerca de 8%) referiam-se a feitos criminais. Desses, somente 145 reformaram a decisão das cortes inferiores. Dos 145, 59 tratavam da execução de condenação já transitada em julgado e 77 foram interpostos pela acusação. Em resumo, se a PEC dos recursos já estivesse em vigor, para a defesa seria indiferente o momento da decisão desses 136 recursos, se antes ou após o trânsito em julgado. Pode-se avançar na análise. Dos nove recursos da defesa que foram acatados antes do trânsito em julgado (0,16% dos recursos criminais ou 0,014% do total do período), um trata do prazo máximo de medida de segurança, um questiona decreto de prisão sem entrar no mérito da ação penal e três reconhecem nulidades em ações penais que não levariam à prisão, mas a penas alternativas. Apenas quatro discutiram a condenação por crimes passíveis de prisão, ou seja, 0,006% do total de recursos e agravos. Em três deles, o STF reconheceu nulidades processuais, e em um único caso houve a efetiva reforma do mérito da condenação. A remoção dos mitos permitirá a continuidade do debate em bases sólidas. A questão que se coloca à sociedade brasileira é simples: vale a pena manter o regime atual de recursos, que não atende às necessidades de toda a sociedade em questões cíveis, em nome de riscos inexistentes em matéria criminal?”.

uso abusivo dos recursos e, ao mesmo tempo, garantir que os processos judiciais tenham razoável duração, expressão adotada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45, que introduziu o inciso LXXVIII no rol dos direitos e das garantias fundamentais [...] se, por um lado, não podemos admitir processos sumários, que violem o direito de defesa, tampouco podemos tolerar a morosidade da prestação jurisdicional, pois a demora na entrega e na confirmação da decisão judicial representa, em muitos casos, a segunda negação do direito¹⁶⁰.

Uma sociedade que não consegue resolver satisfatória e tempestivamente os seus conflitos tende a reproduzi-los em seu próprio prejuízo. Tem-se de compreender que o adiamento injustificável do trânsito em julgado agride o princípio da segurança jurídica, que prima pela maior estabilidade e previsibilidade possível das relações sociais. Não se deve esquecer que o Poder Judiciário existe, em boa medida, para fazer valer esse princípio como ordenador da vida em sociedade.

Por fim, conclui-se que o modelo em vigor opera segundo uma perspectiva antifederativa, como se desconfiasse permanentemente dos tribunais estaduais e regionais, relegados à condição menor de “instância de passagem”, tendo de esperar o pronunciamento das instâncias superiores para ver executadas as suas decisões.

5.2.3 O *habeas corpus* 126.292/SP

Em dezembro de 2015, a 2ª Turma do STF, por votação unânime, entendeu por remeter o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, ao Plenário da Corte, por indicação do Ministro Relator Teori Zavascki.

No caso específico, o cidadão Márcio Rodrigues Dantas foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado, com direito de recorrer em liberdade. A defesa então apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele. No *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal, a defesa alegou que o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou a prisão sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista que o magistrado de primeira instância permitiu que o réu recorresse em liberdade.

Finalmente, na sessão plenária do dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu mudar sua jurisprudência e passar a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já seja executada. Com isso, o Plenário volta à jurisprudência vigente até 2009 — data em que o tribunal decidiu que a Constituição é literal ao dizer, no inciso LVII do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁶⁰Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>> Acesso em: 15 fev. 2016.

A decisão se deu por maioria de sete votos a quatro. O Pleno seguiu o voto do Ministro Teori Zavascki, para quem, depois da confirmação de uma condenação por um tribunal de segunda instância, a pena já pode ser executada, por entender que a fase de análise de provas e de materialidade se esgota. Ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, anotou o Relator, cabe apenas as discussões de direito. Por isso, o princípio da presunção de inocência permite que o recurso extraordinário (*lato sensu*) seja interposto já durante o cumprimento da pena.

Seguiram o voto de Teori Zavascki os Ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Ao votar, o Ministro Barroso argumentou que “a condenação de primeiro grau mantida em apelação inverte a presunção de inocência”. No seu entender, o princípio da presunção de inocência é sinônimo de dois graus de jurisdição, não de trânsito em julgado.

Para Barroso, é a impossibilidade de execução imediata da pena que resulta na interposição sucessiva de recursos protelatórios, o que evidentemente não é uma coisa que se queira estimular. “Advogados criminais não podem ser condenados, por dever de ofício, a interpor infundáveis recursos. Isso é um trabalho inglório, e aqui a crítica não é aos advogados, é ao sistema”, pontuou o Ministro.

Já o Ministro Gilmar Mendes, ao explicar que o modelo alemão não considera o trânsito em julgado como marco de respeito ao princípio da presunção de inocência, disse:

O que estou colocando é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem constitucional, mas suscetível de ser conformado, tendo em vista inclusive as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso entendo que, nesse contexto, não se há de considerar que a prisão após a decisão do tribunal de apelação seja considerada violadora desse princípio.

Ele, no entanto, ressaltou que sempre caberá *habeas corpus* contra decisões privativas de liberdade.

No âmago da questão, o posicionamento da maioria dos ministros foi no sentido de que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da presunção de inocência, vez que o réu recebeu o tratamento de um inocente durante o 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.

Desse modo, não seria 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.

Nesse sentido, aliás, destacou-se o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Assim, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. No entanto, a eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo.

Ao acusado fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas, conforme preconiza o artigo 8º, 2, “h”, segundo o qual toda pessoa tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, 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. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória.

Os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo.

Repise-se que isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a

conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto.

E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no habeas corpus 84.078-7/MG:

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.

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

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionada a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituir um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Nesse quadro, enfatizou o Ministro Teori que cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo resgate essa sua inafastável função institucional, destacando, ainda, que a retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador

determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

O Ministro Teori não deixou de reconhecer, porém, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena: “medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos.” Mais ainda: “a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado”. Portanto, concluiu que mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Nessas circunstâncias, entenderam a maioria dos ministros que tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, seria inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado, considerando-se constitucional, 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 Federal nº 8.038/1990.

O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável. Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’. Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade

evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos¹⁶¹.

Em sequência, argumentou o Ministro Luiz Fux que, nesse caso, “houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade” na Constituição Federal. Para o Ministro,

isso não corresponde à expectativa da sociedade”, vindo a concluir que “quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela [a interpretação] fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social.

Da análise dos votos proferidos, vê-se que o Supremo Tribunal Federal se pautou por uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que, na verdade, é uma mera consequência lógica da chamada *teoria dos princípios*, sobretudo na forma preconizada por Alexy. Como se enfatizou ainda na introdução deste trabalho, a escolha em se trabalhar com a teoria dos princípios, significava, por consequência lógica, a aceitação da teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, bem como a aceitação da proporcionalidade e de uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Portanto, “o escolher de uma teoria”, aqui, não é exatamente uma questão de gosto, mas de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada.

Nessa perspectiva, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso. O núcleo essencial deve ser definido casuisticamente diante de cada situação da vida, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo.

Assim, a fórmula de conciliação reconhece no princípio da proporcionalidade uma linha contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas, mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Na ponderação de valores contrapostos, a restrição imposta nunca pode chegar à inviabilidade de um deles.

A proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas.

¹⁶¹ In: Marco Aurélio Mello. *Ciência e consciência*, v. 2, 2015.

Sob outro aspecto, ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto - o direito e seus limites imanentes -, a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições. E é exatamente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais, com respeito, repise-se, ao conteúdo essencial do direito fundamental.

Dito de uma outra forma, é a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*. Decisivo, portanto, para saber se a intervenção é constitucionalmente justificável é a análise dos princípios em colisão e das circunstâncias do caso concreto.

Ao garantir direitos *prima facie*, que poderão ser restringidos em determinadas circunstâncias, os princípios, como mandamentos de otimização, revelam uma de suas características principais, que é a capacidade de serem sopesados. O sopesamento é exatamente aquilo que liga – e fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio como dever-ser definitivo nos casos concretos.

E as restrições a direitos fundamentais ocorrem exatamente porque dois ou mais princípios se chocam. A solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos. Em geral, essas restrições são expressadas por meio de regras presentes na legislação infraconstitucional, a exemplo dos artigos 637 do Código de Processo Penal e 27, §2º, da Lei Federal nº 8.038/90, já apontadas neste trabalho como limitadoras do direito fundamental à presunção de inocência.

De forma mais clara e direta, sob o influxo da teoria externa e do núcleo essencial relativo, defende-se aqui a ideia de que a presunção de inocência, por opção do próprio legislador, é limitada por outros valores fundamentais de cunho coletivo, a exemplo da razoável duração do processo, da efetividade da jurisdição e da segurança pública, sem que, no entanto, seu núcleo essencial deixe de ser preservado, o que ocorre por meio da extensão da presunção de inocência até o julgamento do caso concreto por mais de uma instância do Poder Judiciário, passando, a partir deste limite resultante do sopesamento de valores contrapostos, a se priorizar outros direitos fundamentais, a exemplo daqueles acima destacados.

Nesse sentido, “a declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama de conteúdo essencial”¹⁶².

Ou seja, no juízo de ponderação entre valores em conflito há que se utilizar o critério da concordância prática, de modo a que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe uma realidade prática.

Ademais, ainda no escólio do autor, também não vale aqui o argumento de que a norma disposta no artigo 5º, LVII da Constituição é impassível de restrição por se tratar de norma de eficácia plena, segundo a tradicional classificação preconizada por José Afonso da Silva¹⁶³.

Para o autor, a partir da consolidação da ideia de que todo direito fundamental é restringível, colocou-se em xeque a tradicional distinção das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada¹⁶⁴.

A distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida foi colocada em xeque porque se baseia justamente na possibilidade ou impossibilidade de restrições. Normas de eficácia plena não seriam restringíveis, enquanto as normas de eficácia contida seriam. Contudo, se todos os direitos fundamentais são restringíveis, a distinção perde sua razão de ser¹⁶⁵.

Se fosse necessário sintetizar as conclusões aqui esposadas, poder-se-ia dizer: todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. Em geral, é até mesmo difícil distinguir o que é restringir e o que é regulamentar direitos. Em vista disso, a conclusão só pode ser a seguinte: se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível. Além disso, se tudo é regulamentável e, mais que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde o sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentação a direitos, logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

O leitor deve ser advertido, no entanto, que a questão posta em análise voltará a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, a partir de Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, tendo por objeto o art. 283 do Código de Processo Penal.¹⁶⁶

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 24.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 254.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 254.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 254.

¹⁶⁶ Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/cfoab-propoe-acao-declaratoria-de-constitucionalidade-requerendo-suspensao-da-execucao-antecipada-da-pena/>> Acesso em: 02 jun. 2016.

A Ação requer que o artigo 283 do CPP seja declarado constitucional e, por consequência, exige a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no habeas corpus 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal – cuja constitucionalidade se presume¹⁶⁷.

Por coerência, espera-se do Supremo Tribunal Federal a repetição dos argumentos usados no julgamento do habeas corpus em destaque, dando-se ao dispositivo processual vergastado interpretação conforme, a fim de possibilitar o cumprimento imediato da pena após a confirmação da condenação por Tribunal estadual ou regional, em que pese, infelizmente, alguns Ministros do Egrégio Tribunal em decisões posteriores e até mesmo em opiniões expressadas em julgados diversos, a meu ver motivados por questões políticas, sinalizam uma mudança de orientação da Corte.

¹⁶⁷ Art. 283 “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

6 INFLUXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PENAL

Nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência vem expresso algumas vezes em termos de “presunção”, enquanto em outras se prefere a referência ao *status* do acusado durante o processo penal (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate de perspectivas contrastantes, mas convergentes, no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado¹⁶⁸.

Derivam do princípio da presunção de inocência duas regras fundamentais: a *regra probatória* (também conhecida como regra de juízo) e a *regra de tratamento*. Luiz Flávio Gomes¹⁶⁹, por força do disposto no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (nº 2), ainda acrescenta uma terceira regra, qual seja, a regra da garantia, segundo a qual a única forma de se afastar a presunção em favor do acusado seria comprovando-se legalmente sua culpabilidade.

6.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA (OU DE JUÍZO)

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Dito de outra forma, o ônus da prova recai exclusivamente sobre a acusação, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

Como consectários da regra probatória, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca: a) incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe exclusivamente o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio)¹⁷⁰.

Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na dicção de Badaró¹⁷¹, cuida-se de uma disciplina do

¹⁶⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. n. 42. Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 31.

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 442.

¹⁷⁰ *Ob. cit.*, p. 31.

¹⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

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*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da sua valoração: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora afastar a presunção de inocência que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que praticou a conduta delituosa que lhe é atribuída.

Daí porque Zanoide explica tratar-se o princípio da presunção da inocência, na realidade, de um “estado de inocência”:

Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele ‘continua’ inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um ‘estado de inocência’ que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes¹⁷².

Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar-se o *non liquet*¹⁷³.

Deve ser ressaltado, no entanto, que o *in dubio pro reo* só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em *in dubio pro reo*, mas sim em *in dubio contra reum*. O ônus da prova quanto às hipóteses recai sobre o postulante, razão pela qual no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional.

Faz-se necessário advertir, no entanto, acerca da existência de autores que costumam dividir, a depender do momento processual que ocorre a valoração da prova, a presunção de

¹⁷² MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de inocência**. *Ob. cit.*, p. 247.

¹⁷³ STF. 1ª Turma. HC 73.338/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 19/12/1996.

inocência como regra probatória e como regra de juízo, não tratando as duas acepções como sinônimas.

Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes, por exemplo, observa que a presunção de inocência como “norma probatória” abrange campo específico daquela norma constitucional e voltado à determinação: de quem deve provar; por meio de que tipo de prova; e, por fim, o que deve ser provado. A presunção de inocência como “norma de juízo”, por sua vez, dirige-se à análise do material probatório já produzido, seja identificando a sua suficiência para afastar a presunção de inocência e, portanto, condenar o imputado, seja para escolher a norma jurídica mais apropriada à situação concreta¹⁷⁴.

Enfatize-se, por fim, que em relação ao ônus da prova, prevalece na doutrina nacional a tese segundo a qual é dever da acusação a produção probatória pertinente à comprovação do fato típico, autoria, nexos de causalidade e elemento subjetivo, ficando sob a responsabilidade da defesa a prova acerca da presença de excludentes de ilicitude, de culpabilidade ou de causa extintiva de punibilidade¹⁷⁵.

6.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO

Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da presunção de inocência, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados.

Sobre o dever de tratamento em consonância com o princípio da presunção de inocência, observa Aury Lopes Jr. que este atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Segundo o autor:

[...] na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência¹⁷⁶.

Concluindo, conforme refere Capez, o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos distintos: na instrução processual, como presunção legal

¹⁷⁴ **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**, p. 462.

¹⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 596.

¹⁷⁶ LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II, p. 47-48.

relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento ao acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória.¹⁷⁷

6.3 QUESTÕES PRÁTICAS

Tem sido rico o debate sobre o significado do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro, entendido como garantia que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.

O certo é que, na medida em que a Constituição Federal dispôs expressamente acerca desse princípio, incumbe aos Poderes do Estado torná-lo efetivo – o Legislativo, criando normas que visem a equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade do acusado; o Executivo, sancionando essas normas; e o Judiciário, deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso da constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado da constitucionalidade) disposições que não se coadunam com a ordem constitucional vigente. Em razão dessa tríplice função, acirradas discussões têm emergido da doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade de certas previsões determinadas pela legislação infraconstitucional.

6.3.1 Inversão do ônus da prova e medidas cautelares no processo penal

Linhas atrás, destacou-se que o ônus da prova recai precipuamente sobre a acusação, não sendo constitucionalmente admitida regra contrária, sob pena de violação direta ao princípio da presunção de inocência.

Destarte, diante da hierarquia constitucional do princípio da presunção de inocência, forçoso é concluir que nenhuma lei poderá inverter o ônus da prova com relação à condenação penal, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Porém, quanto aos efeitos secundários da condenação penal que tenham natureza de sanção civil visando à reparação do dano, entende-se cabível uma inversão do ônus da prova, a exemplo do que ocorre na decisão judicial que decreta a apreensão ou o sequestro de bens, de direitos ou valores do acusado, que sejam objeto do crime de lavagem de capitais.

Com efeito, para a decretação de tais medidas, impõe a lei a presença de indícios suficientes (Lei Federal nº 9.613/1998, art. 4º, *caput*). Por outro lado, a liberação dos bens,

¹⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, p. 44.

direitos e valores apreendidos ou sequestrados somente será possível quando comprovada a licitude de sua origem (Lei Federal nº 9.613/1998, art. 4º, § 2º).¹⁷⁸

Essa autorização para a inversão do ônus da prova foi expressamente prevista pela Convenção de Viena de 1988, que remete a cada Parte (país) a sua consideração. No art. 5º, nº 7, prevê:

cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos¹⁷⁹.

Nesse sentido, além do Brasil, também Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Suíça e México, entre outros, estipularam em suas legislações a inversão do ônus da prova.

Tem-se, no dispositivo do art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 9.613/1998, uma inversão do ônus da prova somente para as medidas coercitivas reais relativas a direitos ou valores apreendidos ou sequestrados e, assim mesmo, não para permiti-las, mas sim para que o acusado obtenha sua liberação. Essa inversão do ônus da prova “seria representada, portanto, por uma carga mais leve para a acusação do que para a defesa, no sentido de que, para o sequestro, bastarão indícios veementes, enquanto para a liberação será necessária a comprovação da licitude, entendida como exigência de prova plena”¹⁸⁰.

No entanto, no entender de Renato Brasileiro, o preceito em questão merece interpretação conforme, sob pena de evidente violação ao princípio da presunção de inocência, por estabelecer indevida inversão do ônus da prova:

Assim, deve ser entendido como relacionado ao pedido de restituição durante o curso do processo. Se esse pedido de liberação for formulado antes da decisão, recai sobre o réu, corréu, partícipe ou terceiro de boa-fé o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens, mediante a oposição dos embargos previstos no art. 130, incs. I e II, do CPP. Já no momento da prolação da sentença condenatória, o ônus quanto à demonstração da ilicitude da origem dos bens volta a recair sobre o Ministério Público, que deverá comprovar a existência de prova de que os bens, direitos ou valores são objeto do delito de lavagem de capitais¹⁸¹.

¹⁷⁸ Art. 4º. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. §1º [...] §2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

¹⁷⁹ A Convenção de Viena foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows%207/Downloads/Convencao_de_Viena.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 20/64, RT, São Paulo, out./dez. 1997.

¹⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 599.

A orientação acima propugnada foi adotada pelo Tribunal Regional da 4ª Região, segundo o qual:

o sequestro previsto no art. 4º da Lei nº 9.613/1998 requer apenas indícios suficientes da origem ilícita dos bens, esclarecendo em seu § 2º a justa inversão do ônus da prova para que ocorra sua liberação, sem ofender o direito de propriedade e os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, porquanto não há perda do domínio, que só ocorrerá após o trânsito em julgado de eventual decreto condenatório¹⁸².

6.3.2 Possibilidade de ser considerado registro criminal pertinente a processo a que responde o acusado sem trânsito em julgado de decisão condenatória na dosimetria da pena

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é amplamente majoritária no sentido de que tais referências não podem ser valoradas contra o acusado, em homenagem ao princípio da presunção da inocência. Em razão disso, na esteira da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça¹⁸³, tem-se decidido que os maus antecedentes referentes a inquéritos e processos em andamento, quando utilizados para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, violam o princípio constitucional da presunção de inocência. Logo, por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, deve-se entender somente a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência.

6.3.3 Constitucionalidade do artigo 118, I, da Lei Federal nº 7.210/1984: regressão de regime carcerário em consequência da prática de crime doloso

O artigo 118, I, da Lei Federal nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não exigindo, portanto, o trânsito em julgado de sentença condenatória para esse fim.

Acerca da constitucionalidade desta regra, há quem entenda que o dispositivo viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, pois, diante de um fato apenas teoricamente criminoso, determina a punição do apenado com regressão de seu regime para outro mais severo. Não é esse, porém, o entendimento da maioria da doutrina, que se manifesta pela constitucionalidade do dispositivo legal em destaque, na medida em que o apenado que cumpre pena no regime semiaberto ou aberto tem o dever de demonstrar sua responsabilidade e adaptação ao convívio social.

¹⁸² TRF-4ª Região, ACR 2004.71.00.029403-0, 8ª Turma, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 25/05/2005.

¹⁸³ “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

De acordo com a corrente majoritária, entendimento diverso reduziria a um nada a efetividade do processo de execução, ressaltando-se que o não cometimento de crime doloso ou falta grave é, por força da Lei de Execuções Penais, condição para a permanência do reeducando em regime menos gravoso.

Em reforço a este entendimento, Julio Frabbrini Mirabete acrescenta que

quando a lei exige a condenação ou o trânsito em julgado da sentença ela é expressa a respeito dessa circunstância, como aliás o faz no inc. II do art. 118. Ademais, a prática de crime doloso é também falta grave (art. 52 da LEP) e, se no entendimento diverso levaria à conclusão final de que essa menção é superabundante, o que não se coaduna com as regras de interpretação da lei. Deve-se entender, portanto, que, em se tratando da prática de falta grave ou crime doloso, a revogação independe da condenação ou aplicação da sanção disciplinar¹⁸⁴.

Do mesmo modo, no âmbito jurisprudencial, tem prevalecido o entendimento pela constitucionalidade do dispositivo. Consideram, enfim, os Tribunais Superiores que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, impondo-se que seja mitigado em certas circunstâncias, como, aliás, já ocorre em relação ao instituto da prisão preventiva, que permite seja o denunciado preso antes da condenação para assegurar a aplicação da lei penal.

Em nível de Superior Tribunal de Justiça, são reiteradas as decisões no sentido de que a regressão de que trata o inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, aplicável ao condenado que praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, prescinde de sentença condenatória transitada em julgado, requisito este que só se mostra indispensável na hipótese contemplada no inciso II do mesmo artigo, pois servirá para nova fixação do regime prisional decorrente da unificação das reprimendas (art. 11 da Lei de Execuções Penais)¹⁸⁵.

Idêntica orientação é agasalhada no Supremo Tribunal Federal, em que se compreendeu, nos autos do habeas corpus nº 93.782, DJ 17.10.2008, que a prática de fato definido como crime doloso para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva¹⁸⁶.

Segundo se extrai do voto do relator, escudado na doutrina de Nucci, o “fato definido como crime doloso” praticado pelo detento e que acarreta a regressão de regime (art. 118, II,

¹⁸⁴ **Execução penal.** São Paulo: Atlas, 2000, p. 97.

¹⁸⁵ STJ. REsp. 1077081 SP. 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes. DJe 12/04/2010.

¹⁸⁶ EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME. SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. ARTS. 111 E 118 DA LEI 7.210/84. REMIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 9 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VETOR ESTRUTURAL. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA. I – A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime. II – A prática de "fato definido como crime doloso", para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva. III – A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena. IV – A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana. V – Incidência do teor da Súmula vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal quando à perda dos dias remidos. VI – Ordem denegada. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 16/09/2008.

LEP), independe do trânsito em julgado da sentença condenatória porque “se fala em fato e não em crime”¹⁸⁷.

O mesmo entendimento, de ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência, prevalece em relação à transferência de detentos para o chamado regime disciplinar diferenciado (RDD), pois o artigo 52 da Lei de Execuções Penais utiliza a mesma forma de normatização:

A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

O entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a estes dois pontos recebe críticas de Fernando Brandini Barbagalo:

No entanto, convenhamos, um fato só pode ser definido como criminoso – só poderá ser adjetivado como tal – após um julgamento realizado pelos órgãos constitucionalmente competentes. Sempre será possível questionar: e se o detento “regredido” for absolvido no processo criminal pelo “fato definido como crime”? A regressão baseada em inquérito ou mesmo num auto de prisão em flagrante não viola realmente o princípio da presunção de inocência? Ora, o servidor público processado criminalmente não pode ter o salário descontado, mas o detento que estava em regime aberto pode regredir para regime mais gravoso, inclusive fechado, ou mesmo transferido para gravoso regime disciplinar diferenciado sem ofensa ao princípio da presunção de inocência?¹⁸⁸

O raciocínio crítico do autor adverte para a incongruência interpretativa do Supremo Tribunal Federal em relação ao princípio da presunção de inocência. Nesse caso, embora não dito de forma expressa, o que o Supremo fez foi exatamente aquilo que deixou de fazer no julgamento de HC 84.078-7/MG, sopesar bens jurídicos escudados em princípios constitucionais, como a efetividade do processo e a segurança pública.

6.3.4 Revogação do benefício da suspensão condicional do processo em razão da prática de outro crime

Estabelece o art. 89, §3º da Lei Federal nº 9.099/1995 que a suspensão condicional do processo será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime.

Quanto à constitucionalidade desse dispositivo, já que autoriza a cassação do benefício legal independentemente de condenação definitiva do indivíduo, assim como no caso anterior, duas posições existem, uma no sentido de que implica violação ao princípio da

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 501.

¹⁸⁸ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: Escola de Administração Judiciária, 2013, p. 80.

presunção de inocência¹⁸⁹ e outra, em sentido contrário, compreendendo que se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação da suspensão já que deixa ele de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional¹⁹⁰. Prevalece este último entendimento, conforme preconizado por Cezar Roberto Bitencourt:

Para conceder vantagens dessa magnitude é compreensível que a ordem jurídica faça determinadas exigências, como forma de assegurar o acerto do beneplácito. E, ademais, o acusado que praticar condutas definidas como crime é natural que seja processado, essa é a ordem natural das coisas, essa é a regra. A suspensão condicional do processo é exceção. Essa hipótese é excepcional e como tal pode exigir a presença dos requisitos que a lei fixar¹⁹¹.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado reiteradamente reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo em comento:

Considerando o entendimento firmado pelo Tribunal no julgamento do RHC 79.460-SP (DJU de 18.5.2001), no sentido de que o art. 89 da Lei 9.099/95, na parte em que veda a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo a acusado que esteja sendo processado, não viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que negara a acusado o direito à concessão do sursis processual, por já se encontrar respondendo outra ação penal¹⁹².

6.3.5 Presunção de inocência no âmbito do processo administrativo

Como regra de tratamento, após a promulgação da Constituição, existia uma divergência sobre a dimensão material do princípio da presunção de inocência, creditando sua aplicação apenas ao direito penal e processual penal.

Não obstante, Magalhães Gomes Filho alertava que a utilização do termo “ninguém” em vez de “acusado” (na redação do artigo 5º, LVII, da Constituição) determinaria também a aplicação da presunção de inocência para os procedimentos administrativos de toda ordem. Em resumo, explicava o mestre:

A consagração do preceito (presunção de inocência) pela Constituição encerra, no plano do tratamento, que deve ser dado ao acusado, garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação da sua situação à do culpado¹⁹³.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ressaltando a “independência de instâncias”, não reconhecia a aplicação do princípio da presunção de inocência nos procedimentos

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 359.

¹⁹⁰ BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: JHMizuno, 2006, p. 132.

¹⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 711.

¹⁹² STF. RE 299.781-SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J.: 4.9.2001.

¹⁹³ *Ob. cit.*, p. 66.

administrativos, permitindo, por exemplo, a demissão do servidor público que viesse a ser processado criminalmente ainda antes do completo desfecho do processo criminal.

Representativo dessa posição, o seguinte Acórdão:

Mandado de segurança. - É tranquila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativas, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei nº 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do STF. - Inexistência do alegado cerceamento de defesa. - Improcedência da alegação de que a sanção imposta ao impetrante se deu pelo descumprimento de deveres que não são definidos por qualquer norma legal ou infralegal. Mandado de segurança indeferido¹⁹⁴.

Realmente, o artigo 5º, LVII, refere-se à sentença penal condenatória, fazendo entender que apenas se relacionaria ao direito penal e processual penal. Não obstante, Queiroz Lobo alertava:

A presunção de inocência aplica-se, sem exceções, ao ordenamento administrativo sancionador, garantindo o direito a não sofrer sanção que não tenha fundamento em uma prévia atividade probatória sobre a qual o órgão competente possa fundamentar um juízo razoável de culpabilidade. A apreciação realizada pelo órgão administrativo somente é suscetível de revisão pela jurisdição ordinária, mas a valoração das provas não pode ser substituída. A função do tribunal na função de defesa da presunção de inocência na via de amparo, limita-se a comprovar se a prova existe, devendo, no caso, considerar satisfeitas as exigências da presunção, a qual somente será ofendida se não houver prova ou quando a apreciação judicial da mesma for arbitrária ou carente de conexão lógica com seu conteúdo¹⁹⁵.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pese a redação da garantia constitucional referir-se à sentença penal condenatória, alterou sua orientação jurisprudencial, passando a decidir que se incluem também no âmbito da presunção de inocência os processos cíveis e administrativos. Veja-se:

EMENTA: POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (PM/DF). CABO PM. NÃO CONVOCAÇÃO PARA PARTICIPAR DESSE CURSO, PELO FATO DE EXISTIR, CONTRA REFERIDO POLICIAL MILITAR, PROCEDIMENTO PENAL EM FASE DE TRAMITAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. A recusa administrativa de inscrição em Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra o candidato, procedimento penal, inexistindo, contudo, condenação criminal transitada em julgado, transgride, de modo direto, a presunção constitucional de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes. O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Poder Público trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. Precedentes. STF. RE 565.519/DF, rel. Min. Celso de Mello.

¹⁹⁴ AgR no MS n. 22829-SP, STF – Pleno, Rel. Moreira Alves, jul. 02/04/03.

¹⁹⁵ LOBO, José Maria Queiroz. **Princípios de Derecho Sancionador**, Grana: Comares, 1996, p. 92-93.

Na mesma linha, o Pretório Excelso reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei mineira que reduzia a remuneração dos servidores que fossem processados criminalmente, no julgamento do RE n. 48200-6, afirmando:

ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I – A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II – Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição [...] Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.

6.3.6 Apresentação do preso pela polícia

A presunção de inocência é princípio reitor do processo penal, tendo como objetivo assegurar a máxima garantia das liberdades individuais. Sua incidência aponta soluções para aparentes conflitos de normas, põe em xeque dispositivos dos estatutos repressivos, revela inconstitucionalidades, além de realçar e impor a observância de outros princípios informadores da jurisdição penal. Ou seja, a presunção de inocência conforma e orienta todos os poderes públicos e seus agentes, notadamente aqueles envolvidos nas atividades de segurança pública.

No entanto, assim como a presunção de inocência é a base estruturante do devido processo legal, a liberdade de informação constitui-se num dos pilares da democracia, envolvendo as liberdades de informar e ser informado. Como tal, compreende o direito de acesso, de recebimento e de difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, sem restrições de censura.

Logo, do ponto de vista constitucional, tais direitos são protegidos pelo caráter da fundamentalidade. Com efeito, dispõe o artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988 ser o direito à informação também um direito fundamental, resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

Por sua vez, tem-se no artigo 220 do texto constitucional o seguinte enunciado: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Seu parágrafo primeiro ainda informa que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Sem embargo, é de reconhecimento geral que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra: até mesmo na seleção das matérias a serem divulgadas há uma interferência do componente pessoal. A exposição degradante de suspeitos presos e algemados, apresentados como verdadeiros troféus a coroar o “bom trabalho” policial pode traduzir em ofensa à presunção da inocência e à dignidade da pessoa humana, incentivando linchamentos públicos desnecessários.

Se é certo que a imprensa contribui decisivamente para o aperfeiçoamento da democracia, ao tornar fiscalizável o processo, muitas vezes extrapola com voracidade os limites deste seu mister, passando a influenciar a opinião pública de forma descabida.

Por um lado, a imprensa pode causar danos ao acusado, tratando-o como culpado antes do fim do processo; por outro lado, seu trabalho pode influenciar de forma favorável ou desfavorável uma decisão que deveria ocorrer de forma imparcial, sobretudo em relação aos feitos de competência do Tribunal do Júri, julgados por juízes leigos.

Por outro lado, entretanto, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade.

No cenário internacional, é emblemático o caso de Dominique Strauss-Kahn, economista, advogado, e político francês, membro do Partido Socialista, que, acusado de envolvimento com uma rede de prostituição que teria organizado orgias entre 2008 e 2011 na França, na Bélgica e nos Estados Unidos, após ver fracassada sua campanha presidencial ao Governo Francês em 2012, foi absolvido pela justiça em 2015 por falta de provas¹⁹⁶.

Assim, como intuitivamente se constata, em muitas ocasiões haverá o conflito, inevitável em um estado de direito, entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e a presunção de inocência, de outro lado, bem como os denominados direitos da personalidade, compreendidos em tal categoria os direitos à honra, à imagem e à vida privada.

Tais colisões surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo, por diversas razões, destacando-se: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que eventualmente entram em choque; e (ii) sendo os direitos fundamentais expressos, frequentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/justica-francesa-absolve-ex-diretor-do-fmi-das-acusacoes-de-crimes-sexuais.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

Para o que interessa a este trabalho, o estudo que se segue tem por objetivo a análise da legitimidade da exibição, independentemente de autorização dos envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nos quais sejam citados os nomes ou divulgadas as imagens de pessoas relacionadas com o evento criminoso noticiado.

O equacionamento do problema e a apresentação da solução constitucionalmente adequada dependem da discussão de algumas das teses centrais relacionadas com a nova interpretação constitucional, tais como a colisão de direitos fundamentais, ponderação de valores, discricionariedade judicial e teoria da argumentação, uma vez que os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, temporal e especialização – não são aptos, como regra geral, para a solução de colisões entre normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais¹⁹⁸.

Acerca do tema, Claus Roxin informa que, na Alemanha, a solução ocorre de forma a depender de cada caso concreto. Em se tratando de crimes muito graves ou cujos acusados são pessoas conhecidas do mundo político, prevalece o interesse de informações. Mas, na hipótese de criminalidade ordinária, deve ser mantido o anonimato dos acusados, mencionando-se apenas suas iniciais¹⁹⁹.

Merece menção, nesse sentido, a Lei Orgânica do Poder Judiciário da Alemanha, que em seu art. 169, §2º, limita o princípio da publicidade das audiências judiciais, determinando que “não se permitirão gravações nem filmagens de rádio, televisão ou cinema com fins de divulgação”. O intento do legislador germânico foi manter a sobriedade da atmosfera judicial, evitando que magistrados, diante da exposição midiática, mesmo que inconscientemente, caiam na tentação de corresponder às expectativas do público, fato manifestamente prejudicial à imparcialidade²⁰⁰.

Roxin sugere, por consequência, uma limitação das informações referentes a investigações e inquéritos em andamento, o que, segundo o autor, deu bons resultados nos Estados Unidos. Assim, no seu entendimento, quaisquer publicações nesta fase da persecução penal diriam respeito apenas aos passos formais das averiguações, como prisões provisórias ou instauração de inquéritos, mas sem a divulgação de detalhes a respeito dos fatos investigados. Caso algum agente público venha a contrariar tal orientação, poderá ser incriminado segundo o § 353, b, do Código Penal Alemão (violação de segredo profissional que põe em perigo interesses públicos importantes)²⁰¹. No ordenamento brasileiro é possível

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. **El proceso penal y los medios de comunicación em el derecho alemán**. Libro homenaje a José Rafel Mendonza Troconis. Tomo 1, Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 292, 1998.

²⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 300.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 303-304.

citar, nessa esteira de pensamento, o art. 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional)²⁰².

No entanto, segundo Barroso, partido da premissa de que inexistem hierarquia jurídica entre normas constitucionais, por força do princípio da unidade da Constituição, não seria possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um direito fundamental sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto. Em função das particularidades do caso é que poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compreensões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada²⁰³.

Para o eminente ministro do STF, porém, por servirem de fundamento para o exercício de outras liberdades, mesmo que não absolutas, devem as liberdades de expressão e de informação, e bem assim a liberdade de imprensa, gozarem de uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados, como é o caso da presunção de inocência.

Nessa ordem de ideias, faz-se necessário consignar que a Constituição de 1988, em nenhum dos seus artigos, priorizou a defesa dos direitos fundamentais em detrimento de bens coletivos. Aliás, se houvesse, de fato, uma primazia estrita daqueles em relação a estes, não poderia jamais existir uma restrição do direito de propriedade, por exemplo, em favor da proteção do meio ambiente. De igual modo, qualquer consideração de aspectos da prevenção geral na cominação das penas seria proibida; a liberdade científica seria ilimitada em relação ao experimento com animais²⁰⁴.

Convergindo para o mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, já decidiu que não há no sistema constitucional brasileiro direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, inclusive quando confrontados com direitos de dimensão coletiva, como é o caso das liberdades de expressão, de informação e de liberdade de imprensa²⁰⁵.

²⁰² Art. 325 – Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deve permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 353.

²⁰⁵ No julgamento do HC 71373/RS (Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994), por exemplo, o STF entendeu como violadora do direito à intimidade a submissão forçada de alguém a um exame laboratorial para o fim de determinar a paternidade (interesse entendido como privado), mas, na fundamentação do acórdão, ressaltou a viabilidade de outras restrições físicas determinadas pelo interesse público (como na hipótese da vacinação obrigatória. Em trecho do seu voto, destacou o Min. Marco Aurélio: "É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. [...] Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo a busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade". Em voto também vencedor, Octávio Gallotti disse, referindo-se ao direito à determinação da paternidade: "E é um direito individual, não corresponde a um interesse coletivo, como sucederia se se tratasse de um processo criminal, ou também na hipótese, aqui aventada, da vacinação, que responde à proteção de um interesse de saúde pública".

De acordo com Barroso, tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol²⁰⁶ e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão²⁰⁷. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade²⁰⁸.

Na sua visão, a opção pela composição posterior tem inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação. Logo, a conclusão a que se chega é a de que o interesse público na divulgação de informações é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalmente, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, portanto, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo em conta a já mencionada posição de preferência que essas garantias de cunho coletivo gozam²⁰⁹.

A divulgação jornalística dos acontecimentos representa um direito de todos, consubstanciado na liberdade de imprensa, bem servindo, inclusive, ao alcance da justiça, termos fiscalizáveis os atos relacionados ao processo. O povo tem o direito à informação e desejo de conhecer a realidade da sociedade em que vive, não podendo haver óbice, em regra, ao exercício dessa prerrogativa. Ademais, os olhos do povo sobre a persecução penal, fiscalizando, cobrando, conhecendo, servem de freio a eventuais arbitrariedades que venham a ser cometidas pelos funcionários públicos ou pelas autoridades.

Nessa ordem de ideias, entende Barroso que o artigo 20 do Código Civil²¹⁰ confronta-se diretamente com a Constituição, esvaziando as liberdades de expressão e de informação e consagrando uma inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão²¹¹.

²⁰⁶ Luis de Carrera Serra, Régimen jurídico de la Información, 1996, *apud* Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera, **La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales**, 1998, p. 48: “*La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. De manera que si la libertad de expresión se practica legítimamente – porque no se utilizan expresiones formalmente injuriosas –, el derecho al honor cede ante ella. O si la libertad de información se ejerce con noticias que son de interés público por su contenido o por referirse a una persona de relevancia pública, ha de protegerse frente al derecho al honor*”.

²⁰⁷Edilson Pereira de Farias. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2000, p. 178: “O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), especialmente a partir da sentença do caso Lüth, também estabelece uma preferência pela liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático”.

²⁰⁸BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*

²⁰⁹*Ibidem*.

²¹⁰ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

²¹¹BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*

Com o escopo de evitar o risco de inconstitucionalidade da regra do art. 20 do Código Civil, propõe Barroso que o mecanismo da proibição prévia de divulgações seja admitido pelo intérprete, no caso concreto, ponderando os interesses colidentes, mas como uma providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação²¹².

Por conseguinte, o indigitado dispositivo há de ser interpretado sistematicamente, admitindo-se a divulgação não autorizada da imagem alheia sempre que indispensável à afirmação de outro direito fundamental, máxime o direito à informação, compreendendo a liberdade de expressão e o direito a ser informado.

Não obstante todos os citados permissivos, o papel da imprensa na divulgação de fatos deve pautar-se em consonância com os direitos e garantia individuais, entre os quais se encontra o princípio da presunção de inocência do acusado/investigado. Assim, à imprensa devem ser impostos certos limites, em variadas vertentes. Destaca-se, aqui, o respeito que se deve ter pelo acusado, objeto da matéria jornalística. A preocupação de tratá-lo e a de referir-se como alguém presumidamente inocente deve sempre e invariavelmente estar presente em toda e qualquer atuação do profissional de comunicação social, sob pena de afronta aos direitos do cidadão²¹³.

Nessa perspectiva, no escólio de Barroso, é possível desenvolver um conjunto de parâmetros que se destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante do caso concreto. São elementos que devem ser considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e informação, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro: a) a veracidade do fato²¹⁴; b) licitude do meio empregado na obtenção da

²¹² “o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação. Ou seja: ao contrário do que se poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas licitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente.” BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.

²¹³ “A fotografia ou a reprodução da imagem do acusado, da vítima ou das testemunhas, portanto, para ser lícita sem o consentimento deles, deve vir dentro do contexto da publicidade mediata do processo penal, com o fim social e que não seja divulgada apenas com o objetivo de explorar a imagem da pessoa”. VIERA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153.

²¹⁴ “A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade”.

informação²¹⁵; c) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia²¹⁶; d) local do fato²¹⁷; e) natureza do fato²¹⁸; f) existência de interesse público na divulgação em tese²¹⁹; g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos²²⁰; h) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Assim, de forma conclusiva, afirma-se que em sede de divulgação jornalística, a regra é a de que não há necessidade de se obter autorização prévia dos indivíduos envolvidos em algum fato notável (verdadeiro subjetivamente e tendo fonte lícita) e que venham a ter suas normas e/ou imagens divulgadas de alguma forma. Eventuais abusos estarão sujeitos a sanções *a posteriori*. Mas como regra, não será cabível qualquer tipo de reparação pela divulgação de fatos verdadeiros, cujo conhecimento acerca de sua ocorrência tenha sido obtido por meio lícito, presumindo-se, em nome da liberdade de expressão e de informação, o interesse público na livre circulação de notícias e ideias.

No Brasil, o conflito entre os direitos fundamentais consubstanciados na liberdade de informação e de expressão e na liberdade de imprensa, de um lado, e no direito fundamental à presunção de inocência, do outro, foi objeto de discussão nos autos de ação civil coletiva

BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*

²¹⁵ “O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, e.g., uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos”. *Ibidem*.

²¹⁶ “As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. O controle do poder governamental e a prevenção contra a censura ampliam o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para as pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito. Já as pessoas que não têm vida pública ou notoriedade desfrutam de uma tutela mais ampla de sua privacidade”. *Ibidem*.

²¹⁷ “Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Mas se ocorrerem na rua, em praça pública ou mesmo em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel, em princípios serão fatos noticiáveis”. *Ibidem*.

²¹⁸ “Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos”. *Ibidem*.

²¹⁹ “O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação”. *Ibidem*.

²²⁰ “Em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública, o que inclui naturalmente a prestação jurisdicional. A publicidade, como é corrente, é o mecanismo pelo qual será possível ao povo controlar a atuação dos agentes que afinal praticam atos em seu nome. O art. 5º, XXXIII, como referido, assegura como direito de todos o acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo se o sigilo for indispensável à segurança da sociedade e do Estado”. *Ibidem*.

proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro perante a 1º Vara da Fazenda Pública da Capital²²¹.

No caso, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 2012, instaurou procedimento administrativo para apurar suposto abuso perpetrado pelo Estado do Rio de Janeiro em submeter pessoas custodiadas à excessiva exposição nos veículos de comunicação.

Concretamente, a Defensoria Pública cobrava dos agentes de segurança do Estado o cumprimento da Resolução SSP nº 458, de 29 de março de 1991, segundo a qual os indiciados autuados em flagrante delito ou presos provisoriamente por ordem judicial em qualquer unidade de polícia judiciária não poderiam ser constrangidos a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, vedada especialmente sua exposição compulsória, fosse por fotografia ou filmagem²²².

Em resposta, ainda na esfera extrajudicial, através de Parecer da ASSEJUR/PCERJ, publicada no Boletim Informativo da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro no dia 22 de fevereiro de 2013, a Direção da Polícia Civil se manifestou no sentido da legalidade da prática de apresentação de custodiados aos canais midiáticos, utilizando-se do argumento segundo o qual o direito à imagem, consagrado na Carta Constitucional, não é absoluto, devendo ser compatibilizado com a garantia de acesso à informação, liberdade de imprensa, bem como na supremacia do interesse público e repressão ao crime, princípios insculpidos no mesmo Diploma legislativo. Ademais, escudado no artigo 20 do Código Civil, reforçou a possibilidade de utilização da imagem do autuado, custodiado em sede policial, desde que necessário à manutenção da ordem pública, o que deverá ser apreciado pela Autoridade Policial no caso concreto²²³.

Na petição inicial, a Defensoria Pública ainda destacou o artigo 47 da Resolução nº 14, de novembro de 1994, do Conselho de Política Criminal e Penitenciária, que trata das regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil, segundo o qual “O preso não será

²²¹ O processo foi autuado sob o nº 0131366-09.2013.8.19.0001.

²²² Art. 1º. Os indiciados autuados em flagrante delito ou presos provisoriamente por ordem judicial em qualquer unidade de polícia judiciária não poderão ser constrangidos a participar, 'ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, vedada especialmente, sua exposição compulsória a fotografia ou filmagem. Art. 2º. A autoridade policial providenciará, tanto quanto consinta a Lei, para que as informações sobre a vida privada e a intimidade de vítimas e testemunhas sejam mantidas sob reserva e adotará medidas objetivando que, no recinto da unidade de polícia judiciária ou durante a prática do ato procedimental, a imagem de vítimas e testemunhas sejam preservadas. Art. 3 Nenhuma restrição se oporá às iniciativas de acesso à informação por parte dos profissionais da imprensa, salvo as hipóteses legais ou regulamentares de sigilo que devem ser rigorosamente observadas - e os casos de conveniência da investigação. § 1º. A Autoridade Policial adotará os cuidados necessários para evitar que diligências ou atos de instrução do inquérito sejam inviabilizados pelo vazamento prévio. § 2º. A Autoridade Policial que chefiar a diligência (captura, condução, busca domiciliar, etc.) ou presidir o ato (lavratura de flagrante, interrogatório, reconstituição, etc.) sobre os quais haja interesse dos órgãos de comunicação social, poderá estabelecer breve limite de tempo para que sejam tomadas as imagens, recorrendo, se possível, à Assessoria de Comunicação da SEPC, e observando sempre o disposto no Art. 2º. Art. 4º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

²²³ O Parecer foi assinado pelo Delegado de Polícia Civil Sandro Caldeira Marron da Rocha.

constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória fotografia ou filmagem” e o artigo 41, VIII, da Lei de Execuções Penais, *in verbis*: “Constituem direitos do preso: [...] VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”.

No pedido, a Defensoria Pública pugnou pela imposição de obrigação de fazer ao Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que os seus agentes públicos (Delegados, policiais civis e militares, entre outros), em se tratando de pessoas presas provisoriamente, somente divulgassem o nome do acusado, descrição dos seus atributos físicos, juntamente com o fato imputado, sem qualquer divulgação de imagem ou foto. Caso não optasse pela divulgação nos termos requeridos, o Estado do Rio de Janeiro, por meio de seus agentes públicos, deveria motivar previamente, e de maneira clara, congruente e explícita, as razões para exibição de foto ou imagem involuntária, desde que o fizessem de maneira a não possibilitar a imediata identificação do encarcerado provisório, salientando, sobretudo, a utilidade da exposição para a persecução penal, pré-processual e processual.

Em contestação, o Estado do Rio de Janeiro informou que o processamento das diligências policiais e indiciamentos criminais no Estado do Rio de Janeiro vinham transcorrendo de modo ordinário, e que a criação de novos embaraços à atividade policial poderia comprometer importantes aspectos que garantiam o acesso à informação por parte da população em geral, e a potencialização dos recursos de investigação da própria Polícia Civil.

Ressaltou, ademais, que a própria norma invocada – Resolução SEPC 458/91, ao lado de assegurar o necessário respeito à dignidade e à imagem dos indiciados, também garantia o indispensável direito da sociedade à informação sobre as atividades policiais, impondo-se a ponderação entre os dois relevantes interesses constitucionais.

Por fim, asseverou que a eventual divulgação de imagem de indiciados seria importante para levar a público a notícia da suspeita sobre determinado indivíduo, criando possibilidade para que eventuais testemunhas reconheçam o efetivo envolvimento – ou não – daquele sujeito nos crimes investigados pela Polícia Civil.

O Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido, no sentido de que fosse determinando ao Estado, através de seus agentes públicos, de se abster a divulgar a imagem do preso na mídia, podendo, se for o caso, noticiar sua descrição física, nome e o fato a ele imputado.

No entanto, o Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública da Comarca da capital, ao decidir acerca do pedido liminar, escudado na doutrina de Barroso, entendeu que impedir, em qualquer situação, a divulgação da imagem do preso, não permitindo a sua imediata identificação, corresponderia a um esvaziamento das liberdades de expressão e de informação,

consagrando-se inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão.

No entender do magistrado, as liberdades de expressão e de informação também são direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, imprescindíveis ao pluralismo democrático, de onde decorre uma presunção de interesse público nas informações veiculadas pela imprensa, justificando, em princípio, a utilização da imagem alheia, mesmo na presença de finalidade comercial, que acompanha os meios de comunicação no regime capitalista.

Assinalou, ainda, que a eventual divulgação de imagem de indiciados seria importante para levar a público a notícia da suspeita sobre determinado indivíduo, criando possibilidade para que eventuais testemunhas reconheçam o efetivo envolvimento – ou não – daquele sujeito nos crimes investigados pela Polícia Civil.

Em nenhum momento, o magistrado desconsiderou que a privacidade, a imagem e a honra representam direitos de grande relevância da pessoa humana. Contudo, mostrou em sua decisão ser evidente no mundo contemporâneo a permanente colisão entre elas e os demais interesses tutelados na sociedade globalizada, cabendo ao intérprete, num juízo de ponderação, mais do que simplesmente alardear a inviolabilidade teórica dos direitos fundamentais, delimitá-los em sua concreta atuação.

Pelos motivos elencados, determinou que o Estado do Rio de Janeiro, por meio dos seus agentes públicos, em se tratando de pessoas presas provisoriamente, somente divulgasse, em princípio, o(s) nome(s) do(s) acusado(s), a descrição dos seus atributos físicos juntamente com o fato(s) imputado(s), sem qualquer divulgação de imagem ou foto.

No entanto, caso não optasse pela divulgação nos termos declinados acima, o Estado do Rio de Janeiro, por meio de seus agentes públicos, deveria motivar previamente as razões para a exibição de foto ou imagem, permitindo nesse caso, inclusive, a imediata identificação do encarcerado provisório.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Acórdão proferido pela Des.^a Renata Machado Cotta, por unanimidade, manteve a decisão monocrática proferida e negou provimento aos recursos interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública²²⁴.

Assim, ficou estabelecido que, em regra, não poderia o Estado divulgar fotos ou imagens de presos provisórios, salvo nos casos que, justificadamente, fosse a publicização necessária à preservação do interesse público, sobretudo no trabalho investigativo de outros crimes, com identificação de possíveis vítimas e testemunhas.

6.3.7 A questão tratada na Justiça Militar

²²⁴ Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/henrique-guelber/>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

Em relação às transgressões disciplinares no âmbito militar, ainda que acarretem prisão, há autores que entendem não se aplicar, em regra, o princípio da presunção de inocência.²²⁵ Isso porque o regime militar se diferencia pela necessidade de extrema disciplina e hierarquia, sendo a própria Constituição Federal que desautoriza a aplicação de algumas garantias constitucionais nesse campo do Direito. Assim, por exemplo, não é passível de habeas corpus a punição por infração disciplinar (art. 142, §2º). Em face da natureza das atividades militares, no que concerne às transgressões disciplinares, entendem que haveria uma relativização da presunção da inocência, implicando um tratamento diferenciado, o que é tradicional no Direito brasileiro.

No entanto, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal Militar casos em que militares foram absolvidos das infrações a eles imputadas, com fundamento exatamente na presunção de inocência prevista na Constituição Federal de 1988²²⁶.

Nesse sentido, em caso julgado no ano de 2011, o Tribunal, por unanimidade, acolheu os argumentos da defesa e absolveu três ex soldados da Aeronáutica, condenados pelo crime de embriaguez em serviço, conduta tipificada no artigo 202 do Código Penal Militar.

No caso, os Ministros entenderam que as provas produzidas não foram suficientes para ensejar uma condenação criminal pela prática de embriaguez no serviço militar.

Logo, se é certo que a presunção de inocência pode ser relativizada no âmbito das infrações disciplinares, dada a peculiaridade do serviço, focado na necessidade de hierarquia e disciplina, o mesmo não pode ser dito em relação às infrações penais, as quais, como qualquer outra, circunscrevem-se aos ditames da presunção de inocência, em quaisquer de suas vertentes – probatória ou de tratamento.

Repise-se, aqui, no entanto, o que se expôs no item 6.3.5, quando se tratou da incidência do princípio da presunção de inocência no âmbito do processo administrativo, ocasião em que se destacou a existência de inúmeros julgados, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, impedindo que a mera existência de processos criminais em curso contra militares obstaculizasse progressão funcional, participação em cursos de formação ou a obtenção de qualquer outro direito previsto no estatuto funcional da categoria.

²²⁵ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

²²⁶ Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/2459-corte-absolve-militares-com-base-na-presuncao-da-inocencia>> Acesso em: 19 fev. 2016.

7 CONCLUSÃO

O processo penal da forma que hoje se conhece surgiu no período de formação do Estado Moderno, elaborado, como retratado no texto, através de um processo lento e nem sempre progressivo.

Foram os reformadores da justiça punitiva do século XVIII que pleitearam uma nova justiça penal, que substituísse os excessos dos suplícios por penas mais humanas, aplicadas depois da culpa formada e comprovada por um processo penal lastreado no equilíbrio de forças entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*.

A presente obra teve por escopo estabelecer a justa medida no equacionamento e balanceamento dos valores “liberdade individual” e as “necessidades de repressão”, demonstrando que a distinção entre segurança pública e liberdade individual não há de ser entendida como uma dicotomia do tipo dualista, ou seja, cisão taxativa graças a qual uma exclui a outra, mas de uma dicotomia do tipo pluralista que procura classificar, combinando, uma realidade complexa e em permanente transformação.

Assim, opondo-se os bens jurídicos em confronto, chega-se a um ponto de tensão que apresenta seu equilíbrio pela adoção de regras que servirão para balancear os interesses das partes em jogo e que penderão, de acordo com o momento histórico, para um ou para outro lado.

A presunção de inocência, nesse contexto histórico, foi criada como uma garantia do direito de liberdade e, desde o início, pertenceu a uma tentativa de conceder maior legitimidade ao processo penal, que seria, em tese, revestido de instrumentos que colocariam o indivíduo em igualdade de poderes com o Estado, traduzindo um perfeito equilíbrio para o processo penal. Para tanto, o preceito foi instrumentalizado pela doutrina como regra de tratamento, regra probatória (ou de juízo) e modelo de processo penal, acepções diferentes que juntas têm o condão de modificar qualquer estrutura de processo penal tendente a punir com excesso o indivíduo.

Destacou-se, no entanto, desde o início do século XIX até meados do século XX, o retrocesso desta importante garantia individual, dado ao momento político e social vivenciado no período, mascarados por conflitos, internos e externos, sobretudo na Europa continental, com ênfase no debate das Escolas Penais italianas, dominado pelo discurso de exclusão da presunção de inocência, como foi pela Escola Positiva e pela Escola Técnico-Jurídica.

No Brasil, onde o texto instrumental penal foi concebido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualmente autoritário, no qual o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante, o princípio da presunção de inocência, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, somente existia de forma

implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal, sendo a sua consagração dentre os direitos fundamentais uma das mais importantes inovações do atual texto constitucional, passando a constar expressamente do inciso LVII do artigo 5º.

A extensão desta presunção, por mais de vinte anos, foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal com temperamentos, admitindo-a até o julgamento por órgão jurisdicional de segunda instância, posteriormente à análise de recursos ordinários. A partir de 2009, no entanto, a Corte passou a interpretar a garantia constitucional em sua literalidade, sem sopesamentos, permitindo que pessoas condenadas por mais de uma instância do Poder Judiciário, inclusive por órgão colegiados, aguardassem o julgamento de recursos extraordinários em liberdade.

A postura adotada pela maioria dos integrantes da mais alta Corte de Justiça foi alvo de severas e fundamentadas críticas de grande parte dos operadores do direito, os quais observaram que em país nenhum do mundo, depois de respeitado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação ficava suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema, ocasionando uma sensação de impunidade e descrédito no Poder Judiciário.

No plano internacional, destacou-se que mesmo em países com maior tradição democrática que o Brasil, reconhecidos historicamente como defensores dos direitos fundamentais de seus cidadãos, o princípio da presunção de inocência não recebeu tamanha elasticidade, vigorando o princípio da execução imediata das sentenças condenatórias.

Nesse mesmo sentido, com postura de crítica ao posicionamento até então majoritário no Supremo Tribunal Federal, defendeu-se no decorrer desta obra que a correta interpretação do princípio da presunção de inocência deveria apontar para a desnecessidade de que se esgotassem todas as possibilidades de recurso para que se iniciasse a execução da pena. A observância do contraditório, da ampla defesa e do ônus da prova da acusação em processo justo já seria suficiente para a configuração desta presunção.

A demora no trâmite judicial, aliada aos curtos prazos prescricionais, pode tornar impossível a resposta do Estado às ações criminosas. Negar efetividade às decisões condenatórias significa um enfraquecimento do próprio sistema judiciário, concentrando carga indevida de poder decisório nas cortes superiores, algo que não é previsto na Constituição Brasileira.

No caso, reconheceu-se o tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado (e em que circunstâncias haveria violação destes direitos, notadamente em face do denominado Princípio da Inocência) e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (segurança social, derivada diretamente do fundamento constitucional da cidadania) e da efetividade do Poder Jurisdicional (evitando-se a prescrição, notadamente a intercorrente

e a impunidade por consequência) em face daqueles que violaram as normas vigentes (no caso, os que regulam o Direito Penal).

A sopesação para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se os excessos e as deficiências) é que revela, conforme proposta aqui apresentada, o parâmetro proporcional da atuação do Estado.

A análise sistêmica do ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa de liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinários e/ou especiais (ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos), notadamente porque há meio constitucional (habeas corpus) muito mais amplo e eficaz a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal.

No referido estudo foi assinalado que na análise e explicitação do significado e extensão das normas (inclusive as constitucionais), deve o intérprete não só afastar conclusões que impliquem excessos em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos (aí incluídos os réus em processos criminais), mas também deve zelar para que estas interpretações não gerem uma inoperância do sistema que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais gerais igualmente garantidos constitucionalmente.

Enfatizou-se que outros bens constitucionais também devem ser protegidos pelo intérprete, tal como a razoável duração do processo e a efetividade da jurisdição. A Constituição brasileira assegura a todos a razoável duração e a celeridade da tramitação dos processos. A morosidade corrói a credibilidade da Justiça, favorece a impunidade e alimenta o descrédito no Estado de Direito e na democracia. Há uma exigência de unidade e integração a ser cumprida pela Constituição, num âmbito normativo em que valores e princípios com diferentes origens históricas e com dessemelhantes funções institucionais devem coexistir e ser compatibilizadas dentro de uma base material pluralista.

Uma Justiça rápida e eficiente é do interesse de toda a sociedade. O Direito deve ser um instrumento eficaz de pacificação dos conflitos. Processos excessivamente longos criam insegurança jurídica. A insegurança de um processo criminal infindo é proporcional ao prazo da demora de solução, desacreditando o Poder Judiciário, o sistema legal e todas as instituições relacionadas à persecução penal (polícia, Ministério Público, advogados etc.), pois enquanto dura o processo, dura a incerteza e acaba por desacreditar também a própria persecução penal, pois a pena aplicada muitos anos após o cometimento do crime não se legitima nem se justifica. Afinal, quando se julga além de um prazo razoável se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito.

A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente.

Ainda foi destacado que no atual estágio de evolução do direito, não faz qualquer sentido tentar diferenciar inocência e não culpabilidade, duas faces da mesma moeda. Os autores que adotam uma ou outra expressão, com raras exceções, não divergem que a essência de ambos os institutos é a mesma, consubstanciada em regras de tratamento e, como consequência, na excepcionalidade das medidas coercitivas processuais (*favor libertatis*); e ainda na produção, em contraditório, e análise do conjunto probatório (*in dubio pro reo*).

Em razão de todo o exposto, conclui-se que, antes de ofender a Constituição, a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo órgão de segunda instância, nos termos propostos, convergiria com os ditames constitucionais de efetividade da jurisdição sem fazer soçobrar as garantias processuais, conforme veio a ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, retomando sua jurisprudência contemporânea à Constituição Federal de 1988, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **O Princípio da Presunção de Inocência**, 2004, 100p. Monografia do Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia na Universidade Potiguar – UNP.

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

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: Escola de Administração Judiciária, 2013.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARBOSA, Rui. **O Dever do Advogado**. Fundação Casa de Rui Barbosa. São Paulo: Aidê, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.

BARROSO, Porfirio e TAVALERA, María del Mar López. **La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales**, 1998.

BATISTA, Weber Martins. O princípio constitucional de inocência: Recurso em liberdade, antecedentes do réu. **Revista Forense Comemorativa – 100 anos – Tomo VII**, 2004.

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

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral I**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos**. Leme: JHMizuno, 2006.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANÃS, Maurício Gordillo. Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. In: **Anuario de Derecho Civil**, t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMIGNANI, Gionani. Elementi del diritto criminale, prima versione italiana, v. I, Malta, 1848, *apud* Vilela, Alexandra, **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**, Coimbra: Coimbra, 2005.

CARRARA, Francesco, **Il diritto penale e la procedura penale, Progresso e Regresso del Giure Penale nel Nuovo Regno d'Italia**, v. II, Firenze Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1903.

CRISAFFULI. V. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**, Milão, 1952.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FALCÃO, Joaquim. **Supremo** – compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. FGV Direito Rio.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Criminologia criminale**. 5. ed. Torino: UTET, 1929, v.2.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Tradução de Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira, 1893.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 20/64, RT, São Paulo, out./dez. 1997.

_____. **Juizados especiais criminais:** comentários à lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência. In: **Temas Atuais de Advocacia Criminal**. São Paulo: Etna, 1996.

_____. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUASTINI, Ricardo. **Teoria e ideologia de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell. México: Porrúa, 2008.

HÄBERLE, Peter. O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. **Revista de Direito Público**. IDP, nº 2. out-nov-dez/2003.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. **Revista Del Rey Jurídica**. São Paulo, v. 8, n. 16, 2006.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal:** teoria (constitucional do processo penal). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Juspoivum, 2015.

LOBO, José Maria Queiroz. **Princípios de Derecho Sancionador**. Grana: Comares.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto SRL, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Walesca Giroto Silverberg da terceira edição de 1912. São Paulo: Conan, 1995, v. I.

MANZINI, Vincenzo, **Manuale di procedura penale italiana**. Torino: Fratelli Bocca, 1912.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maurício Zanóide 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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do processo penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2004.
- PANIAGUA, José M. Rodrigues. **Ley y Derecho** – Interpretación e Integración de la Ley.
- RODRIGUEZ LL. M., Javier Lloblet. La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según doctrina alemana). **Revista de Derecho Procesal**. n. 2, Madri: Eredersa.
- ROSSI, Jorge E. Vasquez. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Conceptos Generales, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- ROXIN, Claus. **El proceso penal y los medios de comunicación em el derecho alemán**. Libro homenaje a José Rafel Mendonza Troconis. Tomo 1, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto: as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 2.
- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.
- TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal**. Madrid: La Ley, S.A., 1993.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1.
- VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. São Paulo: Forense, 2004.
- VERDUGO, Mario, *et al.* **Derecho Constitucional**. Tomo 1. Santiago (CH): Jurídica de Chile, 1995
- VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra. 2005.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.