

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
BACHARELADO EM DIREITO**

LUCAS PERES DOS SANTOS

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA *VERSUS* EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
Considerações sobre o julgamento do HC nº 126.296/SP e das ADCs nºs 43 e 44**

RECIFE, 2017

LUCAS PERES DOS SANTOS

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA *VERSUS* EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
Considerações sobre o julgamento do HC nº 126.296/SP e das ADCs nºs 43 e 44**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco pelo aluno Lucas Peres dos Santos, sob orientação da Profa. Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti.

RECIFE, 2017

À minha família, e especialmente aos meus pais, por serem o motivo pelo qual eu escolhi fazer Direito. Aos meus amigos, e aos carinhosamente chamados de “os inimputáveis”, por terem me acolhido e me mostrado o verdadeiro significado da amizade e do aprendizado contínuo e aos de fora dele. A todos os professores que despertaram em mim a verve crítica, para nunca aceitar inadvertida e imparcialmente as mudanças de entendimento dos tribunais. À professora Danielle Cavalcanti, por ter me auxiliado bastante na construção desse trabalho, ora corrigindo (pacientemente) sua formatação, ora me fornecendo grande parte da bibliografia necessária. Por fim, a todos que de alguma forma me incentivaram, meus sinceros agradecimentos.

LUCAS PERES DOS SANTOS

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA *VERSUS* EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:

Considerações sobre o julgamento do HC nº 126.296/SP e das ADCs nºs 43 e 44

DEFESA PÚBLICA em

Recife, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (UFPE) Profa.

1º Examinador (a):

(UFPE)

2º Examinador (a):

(UFPE)

RECIFE, 2017

RESUMO

No julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44, o STF alterou a jurisprudência firmada desde 2009 no julgamento do HC nº 84.078/MG, fixando o entendimento de não violar a presunção de inocência a imediata execução da pena, em decorrência de acórdão condenatório, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. As decisões causaram grande repercussão no meio jurídico, gerando uma série de discussões sobre o alcance e os limites da presunção de inocência. Contudo, quase nenhuma das críticas ou elogios tecidos às decisões tomadas por aquela Corte de fato se voltou à análise histórica do princípio e aos fundamentos utilizados pela maioria dos ministros para permitir a execução provisória da pena. O objetivo desse trabalho é estabelecer uma ligação entre esses dois temas, estudando o percurso histórico tomado pela presunção de inocência, a partir da sucessão das escolas jurídico-penais italianas, que acabou por resultar na criação da fórmula da não culpabilidade, e apontando que muitos dos fundamentos utilizados pelos ministros do STF se assemelham em grande parte aos da Escola Técnico-Jurídica, principal crítica da presunção de inocência.

Palavras-chave: presunção de inocência; não culpabilidade; execução provisória da pena; escolas jurídico-penais italianas; Escola Técnico-Jurídica italiana.

ABSTRACT

On the trial of HC n. 126.292/SP and ADCs n. 43 and 44, the Brazilian Supreme Court changed the jurisprudence consolidated since 2009 on the trial of HC n. 84.078/MG, establishing the uptake according to which the immediate execution of the criminal sentence does not violate the presumption of innocence, even if it's pending the judgment of the extraordinary or special appeal. The decisions caused a big rebound at the legal community, resulting in several discussions about the reach and limits of the presumption of innocence. However, almost none of the critics or praises made to the decisions that Court took really faced the historical analysis of the principle and the foundations used by most of its justices to allow the provisional execution of the criminal sentence. The point of this work is to establish a connection between these two subjects, studying the historical route made by the presumption of innocence, starting with the succession of the legal criminal Italian schools, which resulted in the creation of the not guilty formula, and pointing that many of the foundations taken by the Brazilian Supreme Court justices resemble in great part to those used by the *Scuola Tecnico-Giuridica*, main critical of the presumption of innocence.

Keywords: presumption of innocence; not guilty; provisional execution of the criminal sentence; legal criminal Italian schools; Italian *Scuola Tecnico-Giuridica*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO PROBLEMA: O STF E A “INVERSÃO” DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	8
1. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	11
1.1. Um breve estudo conceitual: o que é uma presunção?.....	11
1.2. Linhas gerais sobre a presunção de inocência: delimitação conceitual.....	15
1.3. Presunção de inocência ou não culpabilidade?.....	20
2. REAGINDO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NÃO CULPABILIDADE E AS ESCOLAS JURÍDICO-PENAIAS ITALIANAS.....	23
2.1. A Escola Clássica e a afirmação da presunção de inocência.....	23
2.2. A Escola Positiva e a primeira reação à presunção de inocência.....	27
2.3. A Escola Técnico-Jurídica e a criação da fórmula da não culpabilidade.....	30
3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO HC Nº 126.296 E DAS ADCS NºS 43 E 44 SOB A CONCEPÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA DA NÃO CULPABILIDADE.....	34
3.1. Os dados empíricos e o uso da experiência comum: quando as pesquisas fragilizam uma garantia.....	38
3.2. O argumento da defesa social: o direito penal do inimigo e o processo penal eficiente.....	44
3.3. A lógica jurídica: a fragilidade dos argumentos dogmáticos utilizados para mitigar a presunção de inocência.....	54
CONCLUSÃO: UMA SOLUÇÃO E VÁRIOS PROBLEMAS.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO AO PROBLEMA: O STF E A “INVERSÃO” DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No dia 17 de fevereiro de 2016, em decisão tomada no julgamento do *habeas corpus* (HC) nº 126.292/SP, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, a comunidade jurídica assistia ao retorno a um velho entendimento do STF. Naquele dia, foi decidido não ser incompatível com CF/88, tampouco contrariar o princípio da presunção de inocência, o imediato recolhimento do acusado à prisão, para cumprimento de pena, em decorrência de acórdão condenatório, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Em outras palavras, a despeito do estabelecido no art. 5º, LVII, da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, considerou aquela Corte que o recolhimento à prisão para o cumprimento imediato de pena, em decorrência de condenação em segunda instância, não poderia ser obstado, ante a ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária. A discussão foi acalorada e ainda hoje são publicados vários artigos em crítica ferrenha à decisão do STF.

O caso ficou tão conhecido na mídia que passou a ser chamado de “inversão” da presunção de inocência. Não por mera libertinagem dos mais astutos críticos da decisão tomada em fevereiro de 2016, mas principalmente porque o próprio relator, Ministro Teori Zavascki, nas razões de seu voto, explicitou que, “tendo havido, em segundo grau, juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame em instância extraordinária, parece inteiramente justificável **a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado**”¹ (grifo nosso).

O discurso que tomou a academia, as redes sociais, bem como os fóruns, pôde ser dividido praticamente em dois grupos antagônicos, uns que se posicionaram a favor da decisão do STF e outros que a ela se opuseram ferozmente. Os primeiros, em sua maioria, seguidores de carreiras públicas, tais quais magistrados, procuradores e promotores, alegaram

¹STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 12 do voto do Ministro Teori Zavascki. Como será explicado mais à frente, a ideia trabalhada pelo ministro é dotada de certa singularidade lógica. Como o juízo de apelação é, ordinariamente, a última instância em que é permitida a análise das provas e dos fatos, uma vez formada a convicção do colegiado acerca da materialidade e da autoria do delito, em face do acusado, poderia ele, desde já, ser considerado culpado. E, nesse sentido, poderia, de imediato, cumprir pena, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não se prestariam à análise probatória, motivo pelo que não possuiriam efeito suspensivo, autorizando, pois, uma execução provisória de acórdão condenatório não transitado em julgado.

ter a Corte tomado a decisão correta em face do problema da impunidade no País.² Com efeito, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso, não em apenas uma ocasião, já afirmou que o Brasil é um país de “delinquentes ricos”³, corroborando em seu voto, inclusive, tal argumento.

O outro lado da discussão é composto essencialmente de advogados e defensores, os quais, tendo em vista o dispositivo constitucional, não deixaram de apontar a inconstitucionalidade da decisão tomada pelo STF, em 17 de fevereiro de 2016. Um dos maiores críticos, o professor Lênio Luís Streck, publicou incansavelmente vários artigos, tendo aduzido em síntese que o Ministro Teori Zavascki⁴, ao julgar pela possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não fez o que parecia ser mais óbvio: avaliar, sob a luz da CF/88, a validade o art. 283 do CPP, segundo o qual ninguém será 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”. Seria, como afirmou o autor, uma verdadeira “sinuca de bico”, da qual o STF teria muita dificuldade de sair⁵.

Foi assim que no dia 1º de setembro de 2016, no início do julgamento das ações diretas de constitucionalidade (ADCs) nºs 43 e 44, ajuizadas respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Ministro Relator Marco Aurélio deferiu o pedido liminar para suspender todas as execuções provisórias de pena que estivessem acontecendo no Brasil, e, conseqüentemente, permitir a imediata liberação dos que estivessem recolhidos à prisão para tal fim. Entendeu, em resumo, o Ministro que não haveria possibilidade de execução provisória da pena, considerando que a ausência de efeito suspensivo neles não possui o condão de eliminar o corolário da presunção de inocência, estabelecido no art. 5º, LVII, da CF/88.

²Não é desconhecida a situação que hoje faz parte da justiça criminal brasileira de que quem tem recurso financeiros para ver reformada a decisão de mérito que o condena recorre, até que seu caso chegue à Suprema Corte. Ao final, ainda que haja subsídios necessários à condenação do acusado em última instância, não raro o crime de que é imputado o recorrente acaba por prescrever. É conhecida a declaração prestada pelo juiz Sérgio Moro, um dia depois do julgamento, de que a decisão tomada pelo STF “fecha uma janela da impunidade”, na medida em que o processo pode se “deslocar mais para o mérito do que para as medidas protelatórias”. Cf. **Moro elogia decisão do STF: “Essa janela da impunidade foi fechada**. Disponível em: <<http://folhanobre.com.br/2016/02/18/moro-elogia-decisao-do-stf-essa-janela-de-impunidade-foi-fechada/21167>>. Acesso em 15/11/2016.

³**Criamos um país repleto de ricos delinquentes, diz Ministro Barroso**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-14/criamos-pais-repleto-ricos-delinquentes-barroso?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 15/11/2016.

⁴ STRECK, Lênio Luís. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 15/11/2016.

⁵ STRECK, Lênio Luís. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em 15/11/2016.

Contudo, e em que pese o entendimento esposado pelo relator, em 5 de outubro de 2016, o Pleno, retomando o julgamento, decidiu por maioria indeferir as liminares concedidas, para reafirmar o entendimento estabelecido nos autos do HC nº 126.292: a execução provisória de pena não ofende a CF/88 e (um adicional à tese firmada) o art. 283 do CPP. Nesse sentido, é perfeitamente constitucional o texto estabelecido no dispositivo de lei federal citado, por não haver contrariedade à tese firmada no julgamento. Como era de se esperar, as discussões na mídia e no meio acadêmico retornaram, restando, ao final, uma panaceia de opiniões, mais ou menos organizadas, que, em geral, não contribuiriam tanto para o entendimento do tema.

O objetivo desse trabalho é atribuir um pouco mais de seriedade à temática. Não por meio de uma análise apática e asséptica, longe de certas inclinações políticas, algo praticamente impossível diante da dualidade garantista/eficientista que parece ter maculado o tema, mas por meio de uma análise crítica. Por outro lado, a despeito da inclinação ideológica do trabalho, pretende-se aqui fazer algo não empreendido pela maioria dos ministros daquela Corte Constitucional, que é investigar os fundamentos doutrinários da presunção de inocência, bem como observar sua limitação histórica ao longo de sua passagem por regimes autoritários até resultar naquela que viria a ser sua fórmula contrária: a não culpabilidade. Tal esforço doutrinário auxilia na compreensão das bases ideológicas adotadas nos julgamentos tanto do HC nº 126.292 quanto das ADCs nºs 43 e 44, permitindo enxergar quais argumentos históricos e classicamente ligados ao autoritarismo estatal, representado pela flexibilização de garantias processuais penais, puderam ser utilizados para mitigar (ou, nesse caso, inverter) a presunção de inocência a ponto de autorizar a execução provisória da pena no País.

Por essa razão, a análise empreendida aqui é de matiz teórico crítica: estudar-se-ão os fundamentos ideológicos usados pelos ministros do STF, buscando suas principais conexões com a teoria de uma das mais autoritárias das escolas jurídicas italianas. Para tanto, no primeiro ponto, tentar-se-á delimitar conceitualmente o que é uma presunção, a fim de se estudar a natureza jurídica da presunção de inocência. No segundo ponto, a evolução teórica daquele princípio será analisada, através de um esforço histórico das chamadas escolas jurídico-penais italianas, partindo de sua criação, pelas ideias político-liberais da Escola Clássica, passando pela sua primeira limitação, com o surgimento dos argumentos de defesa social levados a cabo pela Escola Positiva, até sua total mitigação, com o aparecimento da fórmula da não culpabilidade, criada pela Escola Técnico-Jurídica.

Tomados tais pressupostos, será iniciada a execução do objeto específico desse trabalho, qual seja a análise crítica dos fundamentos ideológicos utilizados nos julgamentos do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44, sob a concepção técnico-jurídica da não culpabilidade, focando em basicamente três argumentos: a utilização de dados e pesquisas empíricas como regra de experiência comum para mitigação de uma garantia; as ideias de direito penal do inimigo e do processo penal eficiente, baseado no emergencialismo; e o uso de uma lógica jurídica, pretensamente pura e sem valorações ideológicas, interpretada para permitir a execução provisória da pena. Ao final, será questionado se a execução da pena, na pendência de julgamento de recurso de natureza extraordinária, é uma solução adequada para os problemas a que visa combater.

Espera-se que esse trabalho sirva de contribuição, mesmo que um tanto singela, à comunidade acadêmica, a fim de entender um tema que, certamente, ainda despertará muitas discussões no meio jurídico.

1. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1. Um breve estudo conceitual: o que é uma presunção?

Um estudo sobre o fenômeno da execução provisória da pena exige, por obviedade, que se estabeleçam certas definições importantes à sua análise, tarefa em que se insere a tentativa de conceituação do princípio da presunção de inocência. Diz-se aqui “tentativa” porque, embora seja mais ou menos assente a doutrina nacional de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio, seu conceito e suas características costumam não ser satisfatória e pacificamente delimitados pelos doutrinadores. Neste tópico, objetivar-se-á à definição e os limites conceituais do termo “presunção”, a fim de proporcionar o mais acurado estudo do princípio no próximo tópico. Dessa forma, o objetivo por ora é responder ao seguinte questionamento: o que é uma presunção?⁶

Um conceito mais comum do termo “presunção”, que pode ser encontrado em dicionários, estando mais afeito, portanto, à linguagem coloquial, é o de que presunção é o ato de presumir, que por sua vez se traduz na atividade mental de conjecturar, supor, entender,

⁶ Não acreditamos ser de suma relevância o igual estudo sobre o que significa o termo inocência. Na verdade, o significado que pode ser buscado na doutrina é assente. É inocente quem não é culpado, ou, juridicamente, quem não foi condenado definitivamente pela prática de um delito. Querer prolongar o presente estudo à análise de significação do referido termo seria infrutífero, devido à homogeneidade de sua definição.

baseando-se em certas probabilidades⁷, pressupor⁸, ou, ainda, suspeitar⁹. De maneira geral, como se pode perceber, o uso comum que se dá à palavra diz respeito à suposição antecipada de certo fato, com base em indícios que permitam a referida conclusão precipitada, como ocorre, por exemplo, quando se diz que vai chover, diante de nuvens carregadas no céu, ou quando se diz que alguém vai adoecer, após repetidas tosses secas. Contudo, nada realmente pode afirmar, em tal momento dedutivo, que de fato vai chover, a despeito do céu nublado, ou que o indivíduo de fato ficará doente, mesmo acometido de tantas tosses, pois nada disso pode vir a acontecer. São conclusões que se baseiam em fatos preexistentes, os quais, por um raciocínio lógico-dedutivo, permitem uma conclusão presuntiva, mas que podem ser perfeitamente negados por um fato contrário posteriormente.

A univocidade do significado do termo “presunção”, contudo, faz-se presente apenas na linguagem coloquial. Isso porque, transportando-se seu estudo conceitual para a área jurídica, percebe-se, na verdade, existir uma pluralidade de conceitos, cada um deles comportando diferentes funções abarcadas por presunções jurídicas diversas. Maurício Zanoide, em estudo etimológico do termo, a fim de delimitar o conceito de presunção de inocência, reconhece a sua utilização, num primeiro momento, de forma unívoca, com base no uso semântico do termo, como acima apontado. Contudo, alerta que, em diferentes tempos, a palavra “presumir” foi assumindo diversas significações: desde *conjecturar* e *opinar*, até *formar juízo de si mesmo baseado na vaidade, afetação, arrogância, orgulho e jactância*, terminando com a acepção de *suspeita, suposição* ou *desconfiança*.¹⁰ Juridicamente, a presunção teve sua primeira delimitação conceitual a partir da Idade Média, com o sistema de taxaço legal da prova.¹¹

As posteriores críticas ao sistema legal das provas, bem como o nascimento do humanismo no processo penal europeu, por volta dos séculos XVI e XVII, permitiram, contudo, que tal ideia de presunção cedesse lugar ao uso do termo como regra de distribuição

⁷ FIGUEIREDO, Cândido. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1913. p. 1634. Disponível em: <<http://www.dicionario-aberto.net/dict.pdf>>. Acesso em 24/01/2017.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. Século XXI. O minidicionário da língua portuguesa, 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Nova Fronteira, 2000, p. 555

⁹ Larousse Cultural. Dicionário da Língua Portuguesa. In: **Grande enciclopédia Larousse Cultural**, São Paulo: Nova Cultural, 1992, p. 901

¹⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise da estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 83-84. Em Roma, por exemplo, o termo “presunção” (*praesumptio*) era comumente utilizado para definir *privilegio, usurpação, arrogância* e *opinião*, ao passo que “presumir” (*praesumere*) era comumente utilizado para definir os atos de *tomar antes, usurpar, ousar, arrogar-se e acreditar* ou *julgar*. (Ibid., p. 84)

¹¹ Conforme lembra Zanoide (Op. cit., p. 84), o sistema de taxaço legal da prova se caracterizava por não poder o conjunto probatório ser livremente avaliado pelo julgador, possuindo, assim, um valor legal, a ser levado em conta na hora de decidir. Uma prova de confissão, obtida por meio de tortura, por exemplo, valia mais do que uma prova testemunhal ou documental, porquanto havia um controle fixo e legal das provas produzidas em juízo.

do ônus da prova e regra de julgamento, em favor do acusado, em caso de persistência de dúvida razoável.¹² A partir de então, pode-se dizer, presunção não apenas passou a significar uma atividade mental de inferência lógica a partir de indícios conhecidos, mas uma regra jurídica, influente nos direitos material e processual.

Em estudo sobre as diferentes concepções e tipologias das presunções no direito continental, o professor mexicano Raymundo Gama Leyva¹³ tenta sistematizar todos os tipos de presunções que podem ser encontradas no Direito, mormente no latino-americano, reconhecendo, de início, o grande problema de unificação de seus conceitos. Isso porque há um sem número de diversos usos para a palavra no âmbito jurídico, sendo comum que determinados tipos de presunções não sejam reconhecidas em variados ordenamentos jurídicos.

O autor, após introduzir duas primeiras significações para o termo, apresenta uma terceira variação, mais afeta ao conhecimento jurídico, que permitiria identificar seu uso em três diferentes acepções: (i) a primeira, como resultado da interpretação de indícios oferecidos no processo, sem valor probatório, ou de valor probatório reduzido; (ii) a segunda, como sinônimo de prova indireta, significando ser a presunção o resultado de uma prova que faz referência a outra, da qual não se dispõe; (iii) e uma terceira, como regra de distribuição do ônus da prova. Nesse sentido, alerta o autor, seria um trabalho infrutífero tentar uniformizar todos os conceitos de presunção, seja em decorrência das diferenças de usos em cada ordenamento jurídico, seja porque cada uma de seus sentidos possui finalidades específicas.

Mas a presunção goza de uma estrutura, cujos elementos são mais ou menos comuns aos seus diversos tipos. Dessa forma, pode-se dizer que toda presunção é resultado de um fato base (*hecho base*), um fato presumido (*hecho presumido*) e uma ligação entre ambos de caráter lógico (*un enlace entre ambos de carácter lógico*)¹⁴. O fato base é aquele provado previamente, conhecido e sobre o qual se poderá tirar uma conclusão, ainda que sumária. Por outro lado, o fato presumido é essa mesma conclusão, resultado da intelecção realizada a partir do fato base, por meio de uma operação lógico-dedutiva. Por fim, tais fatos se ligam

¹²MORAES, Maurício Zanoide de. *Ibidem*, p. 85

¹³ LEYVA, Raymundo Gama. *Concepciones y tipología de las presuncones em el Derecho Continental*. **Revista de Estudos de la Justicia**, Ciudad de México, nº 19, 2013, p. 65-89.

¹⁴ A referida estrutura das presunções não é exclusividade da doutrina afeta ao direito continental. Em países que adotam o *common law* há o igual entendimento de que as presunções (*presumptions*), em geral, são compostas por três elementos básicos: o “fato alçador da presunção” (*presumption-raising fact*), sobre o qual se traçará a presunção; a fórmula de presunção (*presumption formula*), nexó lógico-dedutivo entre ofato tomado como base e o resultado advindo da intelecção sobre aquele; e a conclusão (*conclusion*), inferida a partir da interpretação do fato alçador. Nesse sentido, cf. MACAGNO, Fabrizio e WALTON, Douglas. *Presumptions in legal argumentation*. **Ratio Juris**, Wiley Online Library, Vol. 25, nº 3, p. 271-300, Sept., 2012.

através de um nexos, um liame, um enlace de caráter lógico, que, por sua vez, traduz-se na própria atividade mental de presumir.

Tais elementos se fariam presentes, em maior ou menor grau, nos dois tipos básicos de presunções, classificados posteriormente pelo autor: as presunções judiciais (*presunciones judiciales*), ou simples, e as presunções legais (*presunciones legales*). As primeiras são resultado da inteligência realizada pelo juiz, quando se prostra diante de indícios sobre determinado fato, ao passo que as segundas são presunções estabelecidas em lei. Não apenas isso: no caso das segundas, a estrutura lógica das presunções, formada pelo fato base, pelo fato presumido e pelo nexos lógico, não se faz presente de forma clara, porquanto aqui não se está diante de uma atividade mental, mas sim de uma norma jurídica que estabelece um fato tomado e aceito por verdadeiro de antemão, sem necessidade em favor dele se apresentar prova, e permitindo, assim, a produção de seus efeitos jurídicos¹⁵.

Exemplificando, estar-se-ia diante de uma presunção judicial quando, uma vez oferecida a denúncia, o juiz a aceita (art. 396 do CPP)¹⁶. Por outro lado, tem-se como exemplo comum da presunção legal no direito brasileiro a concepção dos filhos na constância do casamento, a qual será presumida nas cinco hipóteses trazidas taxativamente pelo art. 1.597 do CC/02¹⁷. Em todos esses casos, não se faz necessária a prova da concepção dos filhos na constância do casamento. Essa, por força de lei, já se presume¹⁸.

É nessa última classificação que se insere a presunção de inocência, contida no art. 5º, LVII, da CF/88. Presumir-se a inocência de um acusado não é o resultado de uma atividade

¹⁵ No direito anglo-saxão, tais presunções são normalmente conhecidas pelo termo *unconditional presumptions*, que independem da prova de um fato anterior para permitir a conclusão sobre outro fato. Na verdade, essa conclusão já é abarcada pela norma jurídica. Eis o motivo pelo qual tais tipos de presunções são as mais comumente utilizadas na no âmbito jurídico, seja para estabelecer um fato de antemão, seja para possibilitar sua prova e contrário. Sobre a relação das *unconditional presumptions* e a distribuição do ônus da prova, cf. PRAKKEEN, Henry e SARTOR, Giovanni. *Presumptions and Burdens of Proof. EUI Working Papers*. San Domenico di Fiesoli, nº 36, p. 1-9, 2006.

¹⁶ “Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.” Verificando se estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, analisando se estão cumpridos todos os pressupostos processuais e as condições da ação, bem como atestando a prova da materialidade do delito e a presença de indícios mínimos de sua autoria, o juiz receberá a denúncia, dando prosseguimento à ação penal (art. 395 do CPP). Nessa fase, o juiz não forma o entendimento sobre o mérito da causa, eis que ainda não produzidas provas, mas sobre os fatos forma uma presunção de que o acusado pode vir a ser o autor do referido delito, passível, portanto, de aplicação da lei penal. Razão disso é a designação do dia e da hora para audiência, a partir do recebimento da denúncia, para a produção de provas (art. 399 do CPP), momento em que o juiz decidirá sobre o mérito da causa.

¹⁷ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

¹⁸ O direito das famílias oferece, ainda, outro exemplo de presunção legal, como no caso do art. 1.599 do CC/02, segundo o qual, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo do art. 1.523, II, do CC/02, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, “este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597”.

lógico-dedutiva, realizada através da prova mínima sobre a não ocorrência de determinado fato delituoso. Presumir-se a inocência do acusado, é, na verdade, aplicar uma norma jurídica, a qual estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso não significa, entretanto, que se trata de uma presunção legal absoluta. É, na verdade, relativa, pois, além de dispensar à parte que lhe aproveita a prova de sua inocência, redistribui à parte contrária o ônus de provar a culpa do acusado. Em outras palavras, a presunção de inocência é relativa, uma vez inserta nessa classificação, porquanto pode ser dirimida por prova em contrário.

A despeito da classificação traçada até agora, e mesmo evidenciada sua natureza de norma jurídica, a presunção de inocência foi muito mais tratada como um juízo valorativo sobre a posição do acusado na sociedade e no processo, submetido à arbitrariedade estatal, voltada ao combate a uma criminalidade patológica ou subversiva, durante a evolução das ideias jurídico-penais, conforme se verá mais adiante.

1.2. Linhas gerais sobre o princípio da presunção de inocência: delimitação conceitual

Ainda existe certa confusão, na doutrina nacional, sobre se o Brasil adotou expressamente a presunção de inocência. Isso se deve ao fato de ter sido o princípio apenas previsto na letra do art. 5º, LVII, da CF/88 e, ainda assim, não de forma muito clara, tendo em vista não se estabelecer expressamente que se presume a inocência, mas que, em verdade, não se considera a culpabilidade do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O postulado da presunção de inocência decorre, como explicita Luigi Ferrajoli, de lógica própria estabelecida pelo processo penal, regido pelo princípio da submissão à jurisdição, que estabelece a atividade estatal necessária para se apurar o cometimento do delito, bem como possibilitar a responsabilização do agente. Até que se prove a materialidade do crime, até que se comprove a sua autoria, não pode o acusado ser considerado culpado e não pode a pena cabível ser antecipadamente aplicada. O princípio representa uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Assim, a presunção de inocência, além de se prestar a guiar a instrução probatória, distribuindo à acusação o ônus de provar a culpa, também serve como postulado de defesa

social, ao proteger o indivíduo do arbítrio estatal e ao tutelar a credibilidade do sistema de justiça criminal.¹⁹

Ricardo Alves Bento²⁰, demonstrando a adoção do princípio nos mais diversos ordenamentos jurídicos, aponta as diferenças e as consequências, a título de efeitos legais, entre a presunção de inocência e a não culpabilidade. Por exemplo, em Portugal, a ideia de que todo acusado (ou arguido, na terminologia portuguesa) se presume inocente vem expressamente prevista no art. 32.2 de sua Constituição, bem como a garantia de julgamento em mais breve e curto tempo possível²¹. Também é o caso da Espanha, que, em sua Carta Magna, previu a presunção de inocência com uma série de outras garantias processuais penais, tais quais a de um julgamento célere, sem dilações indevidas, da publicidade do processo e da ampla defesa²². Trata-se da mesma hipótese da Constituição colombiana, que, em seu art. 29 estabelece ser toda pessoa presumidamente inocente até que seja declarada judicialmente culpada, sendo-lhe previstas outras garantias, de ordem processual e material²³. De acordo com o autor, é patente o compromisso que tais países têm com a presunção de inocência do acusado, ao estabelecerem o princípio de forma expressa, ao lado de outras garantias processuais penais, diferentemente do que aconteceu com os casos italiano e brasileiro. Na Itália, por exemplo, preferiu-se adotar uma fórmula diferenciada, mais “tímida” (sic), não expressiva da presunção de inocência, mas de uma não culpabilidade agregada ao acusado no decorrer do processo e que só poderia ser efetivamente contrariada com o advento da definitividade da condenação. Assim, prescreve a Constituição Italiana de 1947, em seu

¹⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441. Ferrajoli (*idem*), assim, aduz: “Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam”.

²⁰BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 53-88.

²¹“Art. 32.2: Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.” REPÚBLICA DE PORTUGAL. **Constituição da República de Portugal de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 12/03/2017.

²²“Art. 24.2: 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.” ESPANHA. **Constitución de España**. Disponível em: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#1c2s1>>. Acesso em 12/03/2017.

²³“Art. 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” REPÚBLICA DA COLÔMBIA. **Constituição de Colômbia**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Acesso em 12/03/2017.

art. 27, 2, que o imputado não será considerado culpado até a condenação definitiva²⁴. Foi a mesma fórmula adotada pelo Brasil, no art. 5º, LVII, da CF/88, como acima ressaltado. Para o autor, a não adoção expressa da presunção de inocência, na contramão de vários outros países, ainda que de experiência democrática recentes, demonstra uma falta de compromisso, tanto do Brasil como da Itália, em dimensionar os limites e os alcances desse princípio, bem como em garantir a celeridade processual²⁵.

Dessa forma, podem-se encontrar opiniões na doutrina nacional acerca da dessemelhança entre a presunção de inocência e a não culpabilidade, com base na maior ou menor expressividade de cada um desses princípios nas mais diversas constituições. Tal diferença acaba por abrir espaço para a discussão sobre se o Brasil adota, de fato, uma presunção de inocência, com todos os corolários que lhe são tão caros, como é o caso da celeridade dos julgamentos, ou se adota uma diferente fórmula, caracterizada pela não consideração prévia da culpabilidade. O presente ponto desse trabalho voltar-se-á a discorrer sobre a origem e o conceito de cada um dos referidos princípios, para que, no próximo, possa tratar dessa diferença.

A presunção de inocência, tal qual a conhecemos hoje²⁶, teve uma origem histórica bem determinada: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, mais precisamente em seu art. 9º, segundo o qual todo homem é considerado presumidamente inocente até que seja declarado culpado, e, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei²⁷. A criação do princípio não poderia ser mais circunstanciada. Tratava-se da consagração de valores racionalistas estabelecidos pelo Iluminismo setecentista, cujos maiores representantes eram Rousseau, Voltaire, Montesquieu e, em matéria penal, o Marquês de Beccaria. Considerar o acusado previamente inocente significava contrapor-se a elementos integrantes do *Ancien Régime*, caracterizado pelos julgamentos eivados de inquisitorialidade, prisões sumárias e provas taxadas com valor legal. Significava, sobretudo, conter o poder punitivo estatal, em defesa da liberdade do indivíduo, mesmo quando acusado de um delito.

²⁴ “Art. 27, 2: L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.” REPÚBLICA DA ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/costituzione-italiana/principi-fondamentali/2839>>. Acesso em 12/03/2017.

²⁵ BENTO, Ricardo Alves. Op. cit. p 77.

²⁶ Ferrajoli (Op. cit., p. 441-442), entretanto, lembra remontarem as origens do princípio ao direito romano, quando se chegou a proibir, inclusive, a figura da prisão provisória. Contudo, a fórmula atual da presunção de inocência, amoldada ao funcionamento do sistema penal contemporâneo foi fruto direto das ideias liberais do século XVII.

²⁷ “Art. 9º: Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.” REPÚBLICA DA FRANÇA. **Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em 12/03/2016.

Fernando Tourinho Filho, reconhecendo a importância do princípio enquanto corolário maior do *due process of law*, ressalta sua origem no direito natural, por ser relacionado ao estado original de inocência de todos os indivíduos, a reclamar pelo culto à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Embora admita não ser devida uma interpretação ao pé-da-letra do princípio, assevera que seu significado real diz respeito à impossibilidade de tratamento do indivíduo como culpado até que seja provada a culpa ou até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes dos referidos termos, qualquer medida que vise à privação da liberdade do acusado ou à constrição de seus bens deve ser tomada a título de cautelaridade, independentemente de ser o acusado reincidente, ter maus antecedentes, ou da gravidade do crime. Caso contrário, estar-se-ia diante de manifesta inconstitucionalidade, a denunciar a violação do princípio. Eis o motivo, por exemplo, pelo qual o autor denunciava, ainda antes da promulgação da Lei 12.403/11, a incompatibilidade das prisões decorrentes de pronúncia ou de decisão condenatória de primeira instância ainda não transitada em julgado.²⁸

Não diferenciando a presunção de inocência do chamado estado de inocência, ou da regra da não culpabilidade, Guilherme de Souza Nucci²⁹ assevera que o princípio se integra a vários outros regramentos no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da distribuição do ônus da prova à acusação, devendo o acusador comprovar a culpa do acusado, ou da excepcionalidade das medidas cautelares, que, a despeito de atentarem contra a liberdade ou a propriedade do acusado, podem ser decretadas, excepcionalmente, quando evidenciada a presença de pressupostos fáticos para a garantia do devido processo legal, estendendo-se das prisões até à busca e apreensão feita no domicílio do acusado, ou ainda, a norma de prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), e sendo garantida sua absolvição em caso de dúvida.

Por sua vez, como lembra Eugenio Pacelli de Oliveira³⁰, além de proibir qualquer medida antecipatória da pena, baseada em um juízo de culpabilidade antes da irrecorribilidade da decisão condenatória, salvo por aplicação das medidas provisórias, o princípio ainda carrega duas facetas: *enquanto regra de tratamento e enquanto regra de distribuição do ônus da prova*. A primeira obsta, como dito, a antecipação da pena e regra, principalmente, a aplicação das prisões provisórias, as quais não podem prescindir, para sua validade, do juízo de cautelaridade. Mas, a despeito da possibilidade de aplicação das medidas prisionais em

²⁸FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 9ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28-30.

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84-85.

³⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 32-33.

caráter provisório, a incerteza quanto à sua duração não deve dar azo a uma verdadeira antecipação da pena, não podendo, portanto, indicar a afirmação da culpa do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A segunda faceta, por outro lado, impõe uma das regras mais basilares do princípio: a necessidade de comprovação da culpa do acusado. Guarda o indivíduo um *estado de inocência* ao longo do processo, de modo que incumbe à acusação demonstrar a autoria e a materialidade do delito, bem como comprovar a responsabilização penal pela sua prática, e não à defesa comprovar ser o acusado inocente.

Fazendo alusão à antiga regra, revogada pela Lei 11.719/2008, do art. 594 do CPP, referente à necessidade de o acusado recolher-se à prisão para apelar³¹, Luiz Flávio Gomes³² trata o princípio da presunção de inocência como marco ideal para a diferença entre dois tipos de medidas prisionais: a prisão-pena e a prisão cautelar. Como um dos pontos levantados pelo princípio é a impossibilidade de aplicação de medidas antecipatórias a juízo de culpabilidade, o autor sustenta a proibição de que seja a pena aplicada antes do advento do trânsito em julgado. Por outro lado, o princípio não conflitaria com a figura da prisão cautelar, a qual, a despeito de ser baseada em certo juízo de culpabilidade³³, teria imposta sua necessidade, excepcionalmente, para a garantia do processo, de que se destaca seu caráter de cautelaridade. Nesse sentido, conclui o autor, a revogada regra do art. 594 do CPP apenas poderia se mostrar compatível com o princípio se ostentasse caráter de prisão cautelar, de modo que qualquer outra regra a que se quisesse dar ao referido dispositivo (caso de prisão automática ou obrigatória, de execução provisória da pena, de condição de recurso etc.) conflitaria frontalmente com as regras constitucionais até então enfocadas.

Eis um esboço das principais características do princípio. Organizando as ideias tomadas até agora, portanto, tem-se que a presunção de inocência é postulado que se

³¹ A antiga redação do art. 594 estabelecia não poder o réu apelar “sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Com o advento da Lei 5.941/73, o referido dispositivo passou a ter a seguinte redação: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.” (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973). Havia, portanto, a imposição de prisão automática, por decorrência de lei, como condição *sine qua non* para apelar, aproximando-se da figura da caução para a oposição de embargos à execução, no processo civil, ou a prestação de garantia para recorrer de decisão, no âmbito do processo administrativo. Com a promulgação da Lei 11.719/2008, o dispositivo foi expressamente revogado, diante da ausência de natureza cautelar, considerando que um dos principais objetivos daquela lei foi, conforme explicita o senador Demóstenes Torres, em parecer elaborado em 2008, o de assentar “a impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar”. Cf. TORRES, Demóstenes. **Parecer sobre o projeto de lei da Câmara nº 111/2008**. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=55385>. Acesso em 09/04/2017.

³² GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. Conforme a Constituição Federal e Convenção Americana sobre Direitos Humanos: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 39-45

³³ O juízo de culpabilidade a que nos referimos diz respeito à exigência, para a decretação da prisão preventiva, de que haja indícios mínimos de que o acusado tenha cometido o delito, conforme a letra do art. 312, *caput*, do CPP: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

consubstancia como garantia, visada à concretização de direitos fundamentais, dividindo-se em duas facetas³⁴: a de regra de juízo, que impõe a obrigatoriedade de acusador provar a materialidade do delito e a autoria dos fatos, não sendo atribuído ao acusado o dever de provar sua inocência, bem como devendo o juiz decidir em favor do réu em caso de dúvida; e a de regra de tratamento, que estabelece a impossibilidade de aplicação de medidas antecipatórias da pena (não se exaurindo na sua execução provisória, mas em medidas outras, tais quais a impropriedade de manter-se o acusado em posição humilhante no banco dos réus, a não utilização algemas, quando desnecessário, o sigilo acerca de fatos e nomes em meios midiáticos, o relaxamento da prisão provisória sem necessidade, a inviabilidade da imposição de recolhimento à prisão para apelar etc.).

Nesse último sentido, decerto o mais importante para o presente trabalho, tem-se a divisão das medidas prisionais em dois tipos: a prisão processual e a prisão-pena, referindo-se a primeira à necessidade recolhimento do réu à prisão por motivos de cautelaridade (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal), e a segunda à prisão definitiva decorrente da declaração de culpado acusado, ou seja, quando, reconhecido ser o réu culpado, houver o trânsito em julgado da decisão condenatória. É a presunção de inocência que delimita os dois tipos de prisões, sendo essa diferença necessária para entender toda a lógica processual de decretação das medidas prisionais.

1.3. Presunção de inocência ou não culpabilidade?

Apesar da discussão, tratada no ponto anterior, sobre a fórmula estabelecida no Brasil, é, em grande parte³⁵, assente na doutrina nacional ter o País adotado no texto constitucional a presunção de inocência como uma de suas garantias fundamentais³⁶. Talvez não se deva pensar de outro modo. Isso porque, como foi ressaltado acima, o texto constitucional

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 442.

³⁵ Opinião contrária fica a cargo de Rogério Lauria Tucci, ao afirmar, citando Guglielmo Sabatini, que as normas constitucionais não se prestam a tutelar uma apriorística presunção de inocência, mas a regulamentar o tratamento do acusado ao longo do processo, proibindo-se que seja considerado previamente culpado. Dessa forma, para o autor, o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado, distintamente da presunção de inocência, a não consideração prévia de culpabilidade. Cf. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 378-379. Alguns autores, por outro lado, consideram uma relação de sinonímia ente as duas expressões, mas aproximando sua visão para o lado da não culpabilidade: de fato, presunção de inocência e a não culpabilidade seriam a mesma coisa, mas não se poderia aduzir pela absolutização do princípio presunção de inocência, e sim pela lógica da não culpabilidade, única que poderia explicar a aplicação de medidas cautelares. Nesse sentido. BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 14-16, que, inclusive, cita Manzini, autor técnico-jurídico italiano, para justificar seu entendimento.

³⁶ NICOLITT, André. Op. cit, p. 150.

brasileiro estabelece, em seu art. 5º, LVII, a não consideração prévia de culpabilidade do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, a dúvida é geralmente levantada quando se procede à interpretação gramatical do dispositivo, porquanto nele não consta expressamente que *se presume a inocência* de todo o acusado, mas que *ele não é considerado culpado*. A fim de sanar a celeuma existente entre os conceitos de presunção de inocência e não culpabilidade, acreditamos ser útil voltar a uma interpretação histórica, em busca da *mens legislatoris* do constituinte de 1987/1988.

Fernando Brandini Barbagalo, a fim de estudar a estruturação e o alcance do princípio no Brasil, constrói um tracejo histórico da fórmula da presunção de inocência na CF/88. Após a ditadura militar, com a retorno de um presidente civil ao poder, em 1985, foi editada a Emenda Constitucional nº 25, que convocava o Congresso Nacional para elaborar um novo texto constitucional, através de uma assembleia constituída pela maioria dos parlamentares eleitos nas eleições de 1986 e por senadores biônicos. Daí, foram se seguindo vários projetos de textos constitucionais, dentre os quais se destacou, inicialmente, o Projeto Afonso Arinos³⁷, que previu expressamente a presunção de inocência em seu art. 47, cujo texto estabelecia: “presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial e sua culpa”. A despeito de ter sido arquivado posteriormente pelo Ministério da Justiça, o Projeto serviu de base para muitos dos outros textos anteriores à CF/88.³⁸

Ganhou relevância, no entanto, a Emenda nº 1P11998-7, elaborada especificamente sobre o tema pelo então senador José Ignácio Ferreira, que sugeriu, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, a adoção do princípio da presunção de inocência, nos moldes da fórmula da não culpabilidade. Antes disso, seguiram-se outros trabalhos que, em geral, reproduziam a regra da presunção de inocência, embora com nuances variadas.³⁹ Mas foi a fórmula introduzida pelo ex-senador que ganhou destaque e foi aprovada para, posteriormente, figurar no texto da CF/88. A justificativa para a supressão do termo presunção

³⁷ Nome dado em homenagem ao presidente da Comissão, Afonso Arinos. A comissão foi criada pelo Decreto nº 91.450/85, e tinha como outros integrantes Celso Furtado, Raul Machado Horta, Antônio Ermírio de Moraes, Jorge Amado, Barbosa Lima Sobrinho, José Saulo Ramos, Miguel Reale, Paulo Brossard, Evaristo de Moraes Filho, Gilberto Freyre, dentre outros.

³⁸ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015, p. 49.

³⁹ A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 01 de fevereiro de 1987, tendo sido constituída pelo trabalho conjunto de oito comissões, mais uma sistematizadora, dentre as quais se destacou a Comissão de Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que se dividia em três subcomissões. Dessas, a responsável por cuidar do tema da presunção de inocência foi a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, à qual foram apresentados vários textos, como a Sugestão nº 385/6, da autoria do parlamentar Antônio de Jesus (que previa um § 6º estabelecendo considerar-se todo cidadão inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória); as emendas de autoria dos parlamentares Sigmaringa Seixas (que substituiu a palavra “cidadão” por “toda pessoa”), Ana Maria Rattes (que substituiu a palavra “cidadão” por “indivíduo”), Bonifácio de Andrada (Emenda n. 1P16855-4, cujo texto estabelecia, claramente, “Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa”), e Cunha Bueno ((ES21209-5, cujo texto estabelecia: “Todo o acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito de ser preservada ao máximo possível essa condição”. Cf. BARBAGALO, Fernando Brandini. Op. cit. pp. 49-51.

de inocência, a fim de sua substituição pela não culpabilidade, a despeito de curta, é taxativa: “A proposta visa apenas caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”.⁴⁰ O senador, como se percebe, assentou claramente que, a despeito de se adotar gramaticalmente outra fórmula a fim de evitar críticas ao termo presunção de inocência, a garantia estava mantida inteiramente. O fato parece ser suficiente para demonstrar a identidade, no Brasil, entre as fórmulas da presunção de inocência e da não culpabilidade.

O motivo para a uniformização entre as duas fórmulas não pode servir de sustentáculo a considerar, entretanto, que se aceitou no País a não culpabilidade aos moldes fascistas trabalhados pelos técnico-jurídicos italianos.⁴¹ É inegável ter a não culpabilidade brasileira absorvido a literalidade do art. 27.2 da Constituição italiana (*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*)⁴². Isso não significa, entretanto, que tenha adotado os moldes técnico-jurídicos da não culpabilidade, porquanto o contexto da promulgação do texto constitucional italiano de 1947 e do brasileiro de 1988 foram totalmente diversos. Conforme anota Zanoide:

O texto italiano, diferente do brasileiro - insista-se -, não foi uma escolha pela “não consideração prévia de 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.⁴³

No Brasil, pelo menos, não se engane: não culpabilidade e inocência são tratados como sinônimos. A despeito da divergência histórica, as duas fórmulas são entendidas do mesmo jeito. Quem não é considerado culpado é inocente e vice-versa, não havendo espaço para um meio termo técnico-jurídico (como se fossem possíveis três situações jurídicas do acusado: a culpa, a inocência e a não culpa). Tal é a interpretação possível quando se estudam não apenas os anais da Constituinte de 1987, como feito brevemente acima, mas quando se leva em consideração o momento histórico no qual o País vivia, qual seja, o processo de

⁴⁰ Inobstante asetermos nesse trabalho a identidade entre as fórmulas da presunção de inocência a não-culpabilidade, não podemos olvidar a pertinência das críticas exercidas por Barbagalo, ao aduzir que tal redação foi aprovada às pressas, sem o mínimo de discussão do alcance da presunção de inocência no Brasil. Maior exemplo disso parece ter sido a aprovação da emenda feita pela Comissão de Sistematização da Constituinte, sob os seguintes argumentos: “A Emenda nos parece (à Comissão de Sistematização) procedente e merece ser acolhida pelo Substitutivo. Pela aprovação parcial”. Segundo o autor, não se sabe e nunca vai ser possível saber qual parte foi objeto de aprovação e qual foi fulminada pela rejeição, deixando dúvidas sobre o alcance do princípio. Cf. BARBAGALO, Fernando Brandini. Op. cit. p. 52.

⁴¹ O surgimento da não culpabilidade pela Escola Técnico-Jurídica italiana será estudado mais à frente.

⁴² Nesse sentido, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 32.

⁴³ MORAES, Maurício Zanoide. Op. cit., p. 222.

redemocratização. É o que se percebe quando há por fundamento no texto constitucional a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e por garantia fundamental o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88). Aliás, é o que se conclui quando se lembra ter o País aderido a cartas internacionais que previram expressamente a presunção de inocência, e não a regra de não culpabilidade, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (art. 11.1)⁴⁴ e o Pacto de San José da Costa Rica (art. 8.2)⁴⁵.

A despeito de termos assentado acima a atual identidade entre as duas fórmulas, deve-se proceder ao estudo das escolas jurídico-penais italianas, que também se debruçaram sobre esse tema, a fim de não apenas circunstanciar o surgimento histórico da presunção de inocência, como também assentar os fundamentos que a negaram posteriormente, resvalando no postulado que viria a ser durante muito tempo, seu oposto: a não culpabilidade.⁴⁶ O estudo se faz necessário, pois será demonstrado, mais à frente, que muitos dos fundamentos utilizados pelos críticos da presunção de inocência foram curiosamente reproduzidos pelos ministros do STF, ao julgar pela possibilidade da execução provisória da pena.

2. REAGINDO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A NÃO CULPABILIDADE E AS ESCOLAS JURÍDICO-PENAIAS ITALIANAS

2.1. A Escola Clássica e a afirmação da presunção de inocência

O surgimento da não culpabilidade, nos moldes como conhecemos hoje, foi muito mais um produto do embate de escolas doutrinárias, voltadas à fixação de balizas político-filosóficas para o funcionamento do sistema penal da época que vivenciaram, que de um

⁴⁴ “Art. 11.1: Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

⁴⁵ “Art. 8.2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

⁴⁶ Importante salientar, de antemão, que os ensinamentos dos teóricos das escolas jurídico-penais italianas, embora voltados à remodelação do direito penal, também serviram para a construção de conceitos no processo penal. Prova disso é o debate existente entre tais escolas sobre a presunção de inocência. Verdade é que seus ensinamentos não pareceram se prender dogmaticamente apenas a estudo do direito penal, mas a outras ciências criminais, como o processo penal, a criminologia e a política criminal. Por tal razão, no presente trabalho também foram consultadas bibliografias de outras áreas, para além das relativas especificamente ao processo penal.

aprofundado e sério estudo sobre os alcances do princípio da presunção de inocência, para sua posterior negação. Observa-se, na verdade, terem os conceitos de inocência e de culpabilidade variado de acordo com as conveniências históricas, sociais e políticas pelas quais passou a Itália, ao longo do século XIX e no início do século XX, havendo-se assentado, ao final, a falibilidade da presunção de inocência, imaginada sob a égide de um Estado liberal mínimo, e o êxito da regra de não culpabilidade, construída sob o manto de um regime estatal autoritário, de cunho nazifascista. A história da não culpabilidade, portanto, ostenta um aspecto curioso, aplicável ao estudo de qualquer fato: ao final, o postulado negou as balizas liberais que permitiram sua discussão para acabar voltando à legitimação de um Estado autoritário, ao que a presunção de inocência sempre visou combater.⁴⁷

As arbitrariedades do *Ancién Régime* se legitimavam a partir de argumentos não racionais, isto é, calcados em outros elementos que não a razão, como a predestinação divina do soberano ou a natural divisão dos indivíduos em castas feudais, de modo que o Estado até então existente tinha como objetivo básico a manutenção da segurança pública. A figura do soberano era vista como uma das partes com quem se firmava o pacto social de alienação da liberdade natural dos indivíduos, em nome da proteção do Estado e das pessoas residentes em seu território. Contudo, manter o aparato estatal nesses termos custava caro: significava, por exemplo, manter os privilégios e riquezas de uma monarquia ociosa e pouco preocupada em atender os anseios sociais, por meio de uma alta carga tributária, que em nada agradou a crescente burguesia daquela época. Significava também ter que abdicar de sua liberdade religiosa e de crença, em nome da manutenção da fé católica, principal aliada da Coroa. Significava, sobretudo, não possuir garantia de sua liberdade física, sob o risco de poder ser preso sem um devido procedimento previamente estabelecido em lei.

Viu-se a burguesia, já ascendendo a postos de poder dentro do Antigo Regime, na necessidade de mudar de paradigma e impor novas balizas sociais, políticas, filosóficas e econômicas que tivessem por tese a submissão do Estado à vontade do povo e não o contrário. O Estado, por essa nova concepção, não seria formado a partir da vontade divina ou da alienação da vontade natural em nome da força do soberano, mas da vontade conjunta de todos os cidadãos, que, por conveniência, resolvem organizar-se em sociedade, para a garantia de seus direitos de liberdade e de propriedade. Surge, portanto, uma nova ideia de contrato

⁴⁷ Nas palavras de Ferrajoli (Op. cit., p. 442), “o princípio da presunção de inocência foi objeto de um ataque concêntrico no final do século XIX em diante, em sintonia com o regresso autoritário da cultura penalista com frequência. O alvo, obviamente, nunca foi o princípio da submissão à jurisdição, no sentido lato de necessidade do juízo como condição da condenação, mas as suas implicações de mais estritamente garantistas em matéria de liberdade do imputado e de formação da prova”.

social, que, nos moldes trabalhados por Rosseau, baseia-se na concepção de igualdade e liberdade do homem⁴⁸, visando a legitimar o nascente Estado liberal burguês.

É nesse contexto que nasce a primeira escola jurídico-penal italiana: a Clássica. Influenciada pelos filósofos franceses do Iluminismo e representada principalmente por Beccaria, Carrara e Pessina, foi a principal responsável pela fixação das bases do direito penal clássico, assentando ensinamentos como anterioridade da lei penal, crime como entidade jurídica e não fática, livre-arbítrio na determinação da conduta humana e proporcionalidade entre a pena e delito praticado, com base na lógica de retributividade da sanção penal. Foi a Escola Clássica a primeira que, baseada em teses iluministas, voltou-se ao estudo do crime como *ethos* jurídico violador do contrato social, buscando, portanto, analisá-lo sob a concepção da lei e do direito, com base na racionalidade.

Pressuposta a racionalidade do homem, “haveria apenas de se indagar quanto à racionalidade da lei”⁴⁹. Tratava-se de reaproveitar os ensinamentos trabalhados no âmbito da filosofia da época no campo direito penal, para legitimar um sistema punitivo que se subtraísse de qualquer violação desnecessária à liberdade do cidadão. Como bem lembra Eduardo Magalhães Noronha, ao traçar um esboço sobre a evolução das ideologias penais do mundo ocidental, a Escola Clássica foi “a intrépida defensora do indivíduo contra o arbítrio e a prepotência daqueles tempos”⁵⁰.

No campo penal, é inegável a contribuição que trouxe um dos principais teóricos da época, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, ou como foi apelidado mais tarde, tão somente, Cesare Beccaria. O opúsculo por ele escrito, *Dos Delitos e das Penas*, foi de grande importância para a construção das ideias jurídico-penais dos séculos XVIII e XIX, balizando, assim, os pressupostos ideológicos da Escola Clássica, que viria, mais tarde, a ser efetivamente construída por Carrara⁵¹. Mas foi Beccaria quem lançou, pela primeira vez, as luzes de um direito penal liberal, voltado à proteção individual e à contenção da arbitrariedade estatal, sendo, para isso, necessário destacar a condição mínima de igualdade entre os homens, decorrente do contrato social. Urgia, portanto, fixar a tese de que, sendo os homens iguais, entre os aplicadores da lei e os acusados de crimes⁵², todos, sem exceção, eram

⁴⁸ [...] o pacto fundamental, ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a igualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito [...]. ROSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Ríndendo Castigat Mores (livro eletrônico), p. 21.

⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

⁵⁰ NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1988-1993, p. 33.

⁵¹ “Se Beccaria é o pioneiro do direito penal liberal, Carrara pode ser tido como o da dogmática penal.” *Ibidem*, p. 30.

⁵² Maurício Zanoide analisa muito bem a evolução da inocência enquanto estado de pureza pessoal, entendido sob o viés religioso como ausência de pecados, para uma concepção racional, típica do Iluminismo, de que nasce a ideia de igualdade

presumidamente inocentes, até que sentença final os declarasse culpados. A presunção de inocência, na obra de Beccaria, já é tomada como um pressuposto:

Um homem não pode ser chamado de culpado antes de sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz poder de aplicar pena ao cidadão enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo esse dilema: Ou o delito é certo ou incerto. Se certo, não lhe convém outra pena senão a estabelecida pelas leis, e inúteis os tormentos, pois inútil a confissão do réu. Se for certo, não se deveria atormentar o inocente, pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados. [...]⁵³

A presunção de inocência foi tida para os clássicos como resultado de um delicado dilema das ciências criminais: o objetivo do processo penal. Era certo, até então, que o direito penal tinha como pressuposto o fato de o réu ser culpado, motivo pelo qual lhe imputaria condutas criminosas e lhe cominaria penas. O processo penal, por outro lado, foi estruturado nos moldes clássicos para, além de aplicar o direito material penal, limitar o exercício arbitrário da pretensão punitiva do Estado, por meio da garantia de liberdade do acusado. Surge daí a oposição: enquanto o direito penal tinha como pressuposto a presunção de culpabilidade do acusado, o processo penal passou a assumir a faceta da presunção de inocência, para tanto servir à sociedade, aplicando o direito material, quanto ao acusado, por meio de garantias processuais.

Conforme analisa Renato Barão Varalda⁵⁴, rememorando os ensinamentos de Carrara, o processo penal assume, com as ideias clássicas, as missões de aplicar a pena ao acusado, se considerado culpado ao seu final, e evitar a punição de um inocente, apenas permitindo a prisão do réu diante de extrema necessidade (*stretta necessità*). Aliás, é justamente a possibilidade de submeter o indivíduo à prisão provisória, imaginada pelos clássicos, que influenciou a segunda parte do art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (*[...] toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*), evidenciando que os clássicos não teriam levado a ideia de presunção de inocência às últimas consequências.⁵⁵

entre os cidadãos. Ora, se há homens que podem ser considerados inocentes, porque considerar outros culpados, já que todos adquirem o mesmo status de igualdade quando assinado o contrato social? Nas palavras do doutrinador sulista, “no momento crucial da escolha em se atribuir ou não a todos a condição de inocentes, preponderou na Revolução Francesa a força de seu primado da igualdade, tão caro à racionalidade dos iluministas”. ZANOIDE, Maurício. Op. cit. p. 90.

⁵³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

⁵⁴ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007, p. 22.

⁵⁵ Esse, inclusive, é o ponto de crítica de Ferrajoli aos clássicos que elaboraram o aporte teórico da presunção de inocência. Para o autor, a possibilidade, prevista pelos clássicos, de não ser a presunção de inocência absoluta, motivo pelo qual se

2.2. A Escola Positiva e a primeira reação à presunção de inocência

Mudanças na sociedade italiana, contudo, permitiram atestar a falta de previsibilidade dos ensinamentos clássicos sobre os mais variados fenômenos sociais. As lições abstratas, desfocadas da realidade, centradas tão somente no estudo da norma jurídica, permitiram concluir pela falibilidade da Escola Clássica diante do recrudescimento da criminalidade na Itália, mormente com o advento do capitalismo industrial, impulsionador de um proletariado pobre e marginalizado, durante o século XIX. Daí surge a necessidade de reaproximar os estudos jurídico-penais das ciências sociais, imbuídas no seio do positivismo científico, sob a concepção de Augusto Comte. O direito penal passa agora a ser estudado sob a ótica da criminologia, dela não se separando enquanto ciência autônoma. Para isso, teve que igualmente se aproveitar dos conhecimentos já desenvolvidos no âmbito das ciências biológicas, principalmente do evolucionismo de Darwin e Spencer, com o fim de combater a criminalidade em diferentes meios⁵⁶.

Surge, a partir daí, a Escola Positivista⁵⁷, voltada ao estudo do crime e do criminoso como fenômenos naturais, e não como elementos integrantes do ordenamento jurídico, inaugurando o método experimental de estudo no direito penal, em oposição ao método lógico-dedutivo dos clássicos, e com intuito de dar uma resposta rápida, estudada e pronta à criminalidade da época⁵⁸. Nas palavras de Noronha, “inspirando-se no Iluminismo, a Escola Clássica exalçara, no campo penal, o princípio individualista, com esquecimento da sociedade. Contra ela se ergueria a Escola Positiva, que se dizia socialista”.⁵⁹

Os principais nomes⁶⁰ da escola são conhecidos até hoje, seja pela importância de seus estudos para a nascente criminologia, seja por serem suas ideias consideradas atualmente, no mínimo, exóticas. São eles Lombroso, Garofalo e Ferri. À publicação de *Dos delitos e das Penas*, segue-se, quase um século depois, a da obra que viria a ser o marco inovador da

justificaria a existência da prisão preventiva, foi a maior deturpação sofrida pelo princípio. Nas suas palavras (Op. cit., p. 444), a “perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes.” Dessa forma, assenta Ferrajoli ter sido esse o deslize que teria motivado, anos depois, Manzini a atacar a presunção de inocência, pela sua falta de lógica em considerar previamente como inocente o acusado, mas admitir, na via reversa, sua prisão processual (Ibid., p. 445).

⁵⁶ NORONHA, Eduardo Magalhães. Op. cit. p. 34

⁵⁷ Para Ricardo Freitas, vários foram os fatores que contribuíram para o surgimento da Escola Positiva, dentre os quais se destacam “a hegemonia da concepção positivista de ciência, que exigia a adoção do modelo teórico das ciências da natureza em todos os campos do saber; a influência do evolucionismo e, por fim, o surgimento da orientação político-criminal intervencionista, decorrente da existência de uma suposta ‘crise’ nas estratégias tradicionais de controle do desvio.” Cf. FREITAS, Ricardo. Condenados à civilização: o positivismo naturalista e a repressão penal no alvorecer da República. In: HOMEM, Antônio Pedro Barbas et al. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas, coordenadores. São Paulo: Atlas, 2012, p. 364.

⁵⁸ Conforme Freitas, com isso, a Escola Positiva “distanciava o direito penal de qualquer pretensão de proteção dos direitos individuais contra o exercício do poder punitivo estatal” (FREITAS, Ricardo. Ibid., p. 365).

⁵⁹ NORONHA, Eduardo Magalhães. Op. cit. p. 34.

⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 101 a 104.

nascente criminologia: *L'uomo Delinquenti*. As ideias ali lançadas estruturavam-se no estudo das ciências naturais para a definição do comportamento do indivíduo na sociedade, partindo de pressupostos fisionômicos e fisiológicos dos mais variados tipos de pessoas. Tomava-se como base a frenologia, isto é, o estudo dos crânios para a definição de características humanas, para lançar uma tese que viria a ficar conhecida em toda a Escola Positiva: o criminoso é um ser atávico; não um indivíduo que, no gozo de seu livre arbítrio, decidiria cometer um delito, mas um ser que da criminalidade não poderia se afastar, pois estaria determinado a nela viver por predisposições biológicas de sua espécie (tamanho do crânio, formato da fossas nasais, largura do tórax etc.). A partir daí a presunção de inocência sofre sua primeira queda. Como defender que em favor de alguém militasse a presunção de inocência se seu comportamento criminoso seria determinado por fatores biológicos anteriores ao processo; anteriores à sua própria existência?⁶¹

As ideias de Lombroso foram aproveitadas por Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, seus sucessores acadêmicos e principais revisionistas⁶². Para Ferri, a naturalidade do comportamento criminoso não residia em aspectos naturais, integrantes de sua fisiologia, mas em caracteres sociais, baseados em elementos antropológicos demonstradores de sua personalidade. A tendência criminosa não teria origem no formato do crânio ou na largura do tórax do acusado, mas de fatores endógenos, sociais, imbuídos por uma espécie de degeneração moral de certas sociedades ou comunidades mais ou menos evoluídas, consoante os preceitos de desenvolvimento da época.

Garofalo, por outro lado, trouxe à lume a concepção de “temibilidade” do acusado, o que seria aproximado à atual ideia de periculosidade, a fim de defender a substituição da pena, imaginada nos moldes clássicos de retribuição justa e determinada do delito, pela medida de segurança, voltada à proteção social e à recuperação do condenado à vida na comunidade.

De uma maneira ou de outra, os discípulos de Lombroso preocuparam-se em combater acidamente alguns pressupostos clássicos⁶³, tendo desmontado todo argumento do livre arbítrio como fator determinante do comportamento do indivíduo, como, aliás, sintetizou o próprio Ferri em palestra proferida na Universidade de Nápoles, em 1901:

⁶¹ Ou, nas palavras de Freitas (Op. cit., p. 366), o “conceito de culpabilidade, que atualmente alicerça o direito penal de garantias, se tonaria menos importante que o conceito de periculosidade, inclusive no que diz respeito às medidas sociais a serem impostas.”

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 104 a 108.

⁶³ A própria denominação “Escola Clássica” foi dada pelos positivistas em tom pejorativo, com o objetivo de combater-lhe mais facilmente as ideias, conforme explica NORONHA, Eduardo Magalhães. Op. cit., p. 30.

[...] The general opinion of classic criminology and the people at large is that crime involves a moral guilt, because is due to the free will of the individual who leaves the path of virtue and chooses the path of crime, and therefore it must be suppressed by meeting it with a proportionate quantity of punishment. This is to this day the current conception of crime. And the illusion of a free human will (the only miraculous factor in the eternal ocean of cause and effect) leads to the assumption that one can choose freely between virtue and vice. How can you still believe in the existence of a free will, when modern psychology armed with all the instruments of positive modern research, denies that there is any free will and demonstrates that every act of human being is the result of an interaction between the personality and the environment of man?⁶⁴

Os dois discípulos de Lombroso, mais imbricados que estavam no estudo jurídico das ciências criminais, também teceram considerações quanto ao postulado da presunção de inocência, em maiores ou menores níveis⁶⁵, a depender do tipo de criminoso que se estaria a analisar. Garofalo, por exemplo, em radical oposição às premissas clássicas, consideradas abstratas e deduzidas de princípios não demonstrados, sustentou que em desfavor do acusado é mais razoável uma presunção de culpabilidade, porquanto na maioria das vezes seu estado já é prejudicado pela opinião pública, sendo dificilmente declarado inocente em tais casos. Não se deveria, portanto, presumir-lhe a inocência ou declará-lo culpado. O indivíduo é o que é: *imputato*.

Ferri, por outro lado, a despeito de não ter negado o valor político da presunção de inocência, partindo da constatação sobre haver menos indivíduos culpados do que a grande maioria de inocentes no meio social, assentou limitações severas ao princípio, tais quais a necessidade de prova da inocência por parte do acusado com base num forte conjunto probatório, bem como a exclusão da presunção de inocência nos casos de crime em flagrante ou de confissão, ou quando fosse o acusado um delinquente profissional, nato ou louco, consoante a classificação dos positivistas.

Apesar de terem ecoado com certo respeito, as ideias positivistas, tais quais suas antecessoras, pareceram não lograr êxito no dito combate à criminalidade. Paradoxalmente, embora voltadas a criticar a abstração dos clássicos, as concepções positivistas cegavam na

⁶⁴ Numa tradução livre: “[...] A opinião geral da criminologia clássica a da maioria das pessoas é de que o crime envolve uma culpa moral, porque provém do livre arbítrio do indivíduo que deixa o caminho da virtude e escolhe o caminho do crime, e, por isso, deve ser reprimido pela aplicação de uma quantidade proporcional de pena. Essa é até hoje concepção comum de crime. E a ilusão de um livre arbítrio humano (o único fator miraculoso no eterno oceano de causa e efeito) leva à conclusão de que alguém pode escolher livremente entre virtude e vício. Como ainda se pode acreditar na existência de um livre arbítrio, quando a psicologia, armada com todos os instrumentos da moderna pesquisa positiva, nega que haja qualquer livre arbítrio e demonstra que cada ato do ser humano é o resultado de uma interação entre a personalidade e o ambiente do homem?” FERRI, Enrico. **The positive school of criminology**: three lectures given at the University of Naples, Italy, on April 22, 23 and 24, 1901. Translated by Ernest Uterman (ebook). Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1908, p. 7.

⁶⁵ Antônio Magalhães Gomes Filho (Op. cit., p. 14 e 15) faz um breve resumo das críticas formuladas pelos positivistas ao princípio da presunção de inocência.

análise social por partir de um cientificismo exacerbado e alheio a outras dinâmicas da vida humana. No final, tanto a Escola Clássica quanto a Escola Positiva apenas acabaram por imprimir sua importância na academia, não impactando muito a política legislativa da Itália. Esse seria o erro que a próxima das Escolas tentaria evitar.

2.3. A Escola Técnico-Jurídica e a criação da fórmula da não culpabilidade

A criminalidade na Itália não foi amplamente combatida, para a decepção dos positivistas. Pelo contrário, apenas aumentou. A passagem do século XIX para o século XX, marcada pelas difíceis tensões imperialistas e pelo mal-estar de um pré-guerra, impactou profundamente o País, elevando a inflação, o desemprego e, por consequência, os índices de criminalidade, situação que só piorou após a 1ª Grande Guerra. Natural que nascesse, nesse contexto, um sentimento de unidade, de integração, de nacionalismo voltado à reconstrução do País, em face dos movimentos de socialistas e de organizações políticas que se insurgiam contra a crescente pobreza. Daí surge o Fascismo de Mussolini, cujas ideias foram de extremo relevo para a construção da política repressiva italiana da primeira metade do século XX. Pretendeu-se o combate à criminalidade com base em um regime forte, concentrado nas mãos do *Duce* e por meio da flexibilização de garantias conhecidas até então. Suprimiu-se a liberdade de imprensa, de manifestação e de reunião, criou-se o Tribunal Especial de Defesa do Estado para crimes políticos e introduziu-se a pena de morte, permitindo-se que órgãos administrativos prendessem qualquer cidadão sem processo.

Contudo, mesmo diante de todo o poderio político para rejeitar as normas processuais penais e atentar contra liberdade do acusado, leis foram feitas. E o motivo, conforme explicita Zanoide, foi o de que o regime fascista sabia da importância de uma nova legislação, a fim de que, por meio dela, legitimasse a si mesmo e se permitisse a uma forma mais integrada e ordenada de controle social. A legalidade nasce como critério de legitimidade do direito, permitindo, sob uma ótica jurídica pura, que o fascismo seja considerado direito igualmente válido. A partir de tal critério, ficaria mais fácil o controle político-ideológico sobre o indivíduo, facilitando uma identificação mais lógica e racional sobre quem poderia ser considerado criminoso ou sobre quais condutas recairia a pecha de delito.⁶⁶

Nascia, então, a Escola Técnico-Jurídica, como resposta pronta às elucubrações dos clássicos e dos positivistas, bem como meio de combate à criminalidade. Aproveitando-se do

⁶⁶MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 117 a 119.

crecente normativismo, nova tendência do positivismo jurídico moderno, os técnico-jurídicos desviaram atenção de seus estudos das figuras do crime do criminoso para focar apenas na análise da norma jurídica. Sob o pretexto de deixar de lado valores que viessem a influenciar no estudo do direito penal e processual penal, dedicavam-se a uma fórmula “pura”, lógico-sistemática, com base na lei, elemento legitimador de todo o direito.⁶⁷

Partia-se do pressuposto de que se deveria estudar um direito neutro, livre de amarras valorativas e históricas, baseando-se apenas na lógica do sistema jurídico. Zanoide, ao analisar as ideias dos técnico-jurídicos, repele completamente a pretensão de seus autores em imprimir uma faceta neutra ao direito.⁶⁸ Mais uma vez o processo penal era utilizado para fins políticos, a fim de legitimar, sob um pretense ponto de vista neutro, a recrudescência do regime fascista. Para tanto, mesmo diante da necessidade de legislação processual penal em matéria referente à liberdade e às prisões, o regime abrigava a possibilidade de constrições pessoais ordenadas por órgãos administrativos, muitas vezes sem o devido processo legal. A neutralidade exercia um importante papel legitimador: um maquiador da violência estatal, ao mesmo tempo em que servia de critério científico seguro para o direito.

A própria doutrina italiana, até certo ponto, admite ter havido uma forte influência da ideologia fascista para a formação dos fundamentos técnico-jurídicos, como forma de apresentar uma resposta renovada e “equilibrada” à criminalidade. Conforme lembra Giuseppe Bettiol,

[...] Estávamos no período em que se assistia ao triunfo de uma nova concepção de Estado a qual pretendia, eliminadas as premissas da entonação liberal, apresentar-se mais “autoritária e realística” no campo político e “mais intervencionista” no campo da economia. Uma concepção, enfim, que evitando, em parte, toda preordenada esquematização conceitual, via-o Estado como regulador supremo da vida política, social, econômica: uma concepção que, rompido o diafragma entre o estado e o cidadão pretendia enquadrar o indivíduo em determinada posição político-social, para a realização de uma atividade de interesse geral.[...]⁶⁹

⁶⁷ Mariângela Gama de Magalhães Gomes faz ponderações merecidas sobre as ideias originais da Escola Técnico-Jurídica italiana e sua influência no direito penal moderno. Segundo ela, a concepção mais inicial lançada pela *Scuola*, consoante os trabalhos de Arturo Rocco, não se baseava na obediência pura e cega à lei, ignorando os mais variados tipos de elementos sociais a influenciar no direito. Na verdade, o que se originalmente pretendeu foi a mudança de foco no estudo das ciências criminais, da filosofia e da criminologia, para a norma jurídica, sem, contudo, perder de vista a influência daquelas áreas do conhecimento. A análise da criminalidade por meio unicamente da lei foi concepção mais tardia, iniciada com Manzini, que acabou por representar, segundo crê a autora, num desvirtuamento das ideias originais do tecnicismo jurídico. Para saber mais, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O tecnicismo jurídico e sua contribuição ao direito penal. **Revista Liberdades**. São Paulo, Nº 15, Janeiro/abril de 2014, p. 178-191.

⁶⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 120 a 123.

⁶⁹ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução brasileira e notas do professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 45. O autor, contudo, na p. 48, não rejeita a ideia de ter havido, no tecnicismo jurídico, um total abandono das ideias liberais, aduzindo ter o Código Penal italiano da época “ao menos em sua parte geral onde se ocupa da lei penal, do crime e das penas – um espírito inspirador democrático-liberal ao

Os teóricos da Escola Técnico-jurídica italiana, dentre os quais se destaca Vincenzo Manzini⁷⁰, sob o pretexto de desenvolver uma dogmática penal e processual penal pura, puderam legitimar, por meio de suas concepções, muitas das práticas autoritárias do regime fascista, sendo o maior exemplo de tal influência a rejeição expressa da presunção de inocência. Não com base em critérios biopsicológicos, que revelariam certa natureza criminosa, atávica a alguns tipos de indivíduos, mas com base em uma lógica técnica, descurada de preceitos morais e religiosos e justificada unicamente pelo direito e pela lei.⁷¹ Diante de tal posicionamento, servido de escudo para justificar os abusos do regime fascista, a despeito da manutenção de garantia dos acusados na fase judicial (inclusive da regra do *in dubio pro reo*) e da diminuição do caráter inquisitivo na fase de investigação preliminar, a presunção de inocência sofreu um grande ataque, por haverem sido adotados dois pressupostos de extrema relevância para os técnico-jurídicos: a ideologia de defesa social, que deveria prevalecer sobre os direitos individuais do imputado, considerado no mais das vezes como um inimigo do regime, e a técnico-jurídica, derivada do método lógico-indutivo trabalhado pelo positivismo jurídico italiano.⁷²

Assim Manzini, tomando os pressupostos lançados, desfere sérias críticas à presunção de inocência, considerando-a produto de uma “falida pseudo-democracia, charlatã e confusa em tudo”, e assentado ser mais presumível, em desfavor do acusado a sua culpabilidade, dado que na maioria das vezes é culpado aquele sobre o qual recai a pretensão punitiva.⁷³ Mas o pensamento técnico-jurídico ultrapassava o mero raciocínio probabilístico: para alguns teóricos da Escola, especialmente Manzini, levando em conta o papel do processo penal em reprimir cada vez mais a criminalidade, e considerando ser a liberdade um direito “concedido” pelo Estado e não natural ao indivíduo (de onde sobressai a máxima de preavalecimento do interesse público sobre o particular), a presunção de inocência seria incabível no processo penal porque, desde a fase da investigação preliminar, é aceita aplicação de medidas cautelares, de caráter real e pessoal, com base em juízos de

passo em que o momento autoritário manifesta-se na parte especial, já depurada nas suas mais drásticas disposições”. A despeito de ter sido revisor de muitas das ideias técnico-jurídicas, Bettiol fez parte da Nova Defesa Social (*nuova difesa sociale*), surgida posteriormente ao fim da Segunda Guerra Mundial, escola voltada para uma remodelação das ciências criminais em respeito aos direitos e garantias individuais, agora insculpidas como direitos humanos.

⁷⁰ Nas palavras de Zanoide (Op. cit., p. 117), “o maior representante do positivismo jurídico italiano para o tema da presunção de inocência”.

⁷¹ “Noutras palavras, o direito penal é o que está na lei; só com este o jurista deve preocupar-se. Seu estudo se faz exclusivamente pela *exegese*, que dá sentido verdadeiro das disposições integrantes do ordenamento jurídico; pela *dogmática*, que investiga os princípios que norteiam a sistemática do direito penal, fixando elementos de sua integralidade lógica; e pela *crítica* – restrita, como não poderia deixar de ser – que orienta a consideração do direito vigente, demonstrando seu acerto ou a conveniência de reforma”. (NORONHA Eduardo Magalhães. Op. cit., p. 42).

⁷² MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 124.

⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 16-17. O argumento lança uma das bases de análise do próximo ponto, quanto à utilização de dados probabilísticos para a flexibilização de garantias penais e processuais penais.

culpabilidade,⁷⁴ sendo mais lógico, nesse sentido, presumir pela culpabilidade do acusado, e não pela sua inocência.

Como consequência, apenas dois caminhos se faziam possíveis: ou se reconhecia ser o indivíduo culpado, por meio de decisão final, ou se lhe declarava a “não culpabilidade”, seja porque provado não ter o delito acontecido ou não haver sido o acusado seu autor (o que não excluiria sua responsabilização por outras condutas delituosas eventualmente praticadas por ele), seja porque não há provas suficientes à sua condenação⁷⁵. Nessas hipóteses, declarar como não culpado seria uma solução mais lógica, diante do filosófico e abstrato entendimento pela presunção de inocência.

Nesse aspecto, fica bem mais fácil entender por que a fórmula adotada pela Itália naquela época e atualmente (*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*) não presume expressamente a presunção de inocência, mas apenas declara como não culpado o acusado, situação que apenas pode se modificar com o advento de uma condenação definitiva. A lógica de funcionamento da regra de não culpabilidade, ao menos lexicamente⁷⁶, permanece a mesma. Sob essa concepção, declarar a não culpabilidade do acusado não induz necessariamente à presunção de sua inocência, mas à certeza de que não resta ainda formada sua culpabilidade antes do advento de determinada condição resolutive, motivo pelo qual, de forma técnico-jurídica, justificar-se-ia o funcionamento de institutos processuais penais como o recebimento da denúncia e a aplicação de medidas cautelares, todos baseados em juízos de culpabilidade.

E foi exatamente num contexto autoritário, caracterizado pelo regime getulista do Estado Novo, em que as ideias técnico-jurídicas foram recebidas com louvor no Brasil. Basta lembrar que o Código Processo Penal, editado em 1941 e com entrada em vigor em 1942, foi fruto de um dos maiores símbolos legislativos do autoritarismo brasileiro: o decreto-lei⁷⁷. A recepção das ideias técnico-jurídicas foi orquestrada com base na semelhança entre o CPP brasileiro e a legislação italiana, sendo possível identificar vários pontos em que a lei brasileira, à semelhança daquela outra, rejeita a presunção de

⁷⁴ No direito brasileiro, tanto a prisão preventiva como as medidas cautelares diversas da prisão necessitam de prova da materialidade do delito e de indícios de autoria. O art. 312 do CPP, por exemplo estabelece poder a prisão preventiva ser decretada “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver **prova da existência do crime e indício suficiente de autoria**”. Tal raciocínio pode também ser aplicado à regra que disciplina o recebimento da denúncia pelo juiz, que se opera quando houver prova da materialidade do delito e indício suficiente de autoria, conforme se depreende do art. 395, III, do CPP, que estabelece a rejeição da denúncia por ausência de justa causa.

⁷⁵ Sobre a evolução das ideias técnico-jurídicas italianas, desde a rejeição da presunção de inocência até a criação de um juízo de não culpabilidade cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 125-130.

⁷⁶ Cf. as considerações tecidas no ponto 1.3.

⁷⁷ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

inocência, a despeito das reformas sofridas ao longo dos séculos XX e XXI. E isso se percebe de imediato, ao se analisarem as razões lançadas pelo então Ministro da Justiça do Governo Vargas, Francisco Campos, na Exposição de Motivos do CPP, para quem o processo penal estaria eivado de um “tão extenso catálogo de garantias e favores” que a repressão se tornaria “defeituosa e retardatária, decorrendo daí um estímulo indireto à expansão da criminalidade”. E, mais adiante, o Ministro admite tacitamente a influência do tecnicismo-jurídico italiano no CPP brasileiro, aduzindo que

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desgosto daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”.⁷⁸

Na verdade, muito mais do que rejeitar a ideia de presunção de inocência, o atual Código vai adiante, negando em sua estrutura grande parte de sua dimensão juspolítica⁷⁹, ao ser concebida sob o auspício de um regime autoritário, voltado ao combate do inimigo. E seja por não ter sido suficientemente trabalhada no Brasil, seja por ainda haver resquícios de um processo penal autoritário, percebe-se a adoção da fórmula da não culpabilidade, inclusive pela própria CF/88, não estabelecendo expressamente uma presunção de inocência, mas uma não consideração prévia de culpabilidade. A confusão ainda hoje existente entre presunção de inocência e não culpabilidade foi pouco explorada no julgamento do HC nº 126.296 e das ADCs nºs 43 e 44. Aliás, em muitos votos, foram utilizados os argumentos técnico-jurídicos típicos de Manzini, normalmente invocados à proteção de um regime autoritário, a fim de permitir a execução provisória da pena, como se verá no próximo ponto.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: O JULGAMENTO DO HC Nº 126.296 E DAS ADCS NºS 43 E 44 SOB A CONCEPÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA DA CUPABILIDADE

A análise dos fundamentos das decisões tomadas no julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCS nºs 43 e 44 não pode ser feita sem a contextualização do ideário penal da contemporaneidade. Trata-se, primeiro, de definir quais as perspectivas do funcionamento do

⁷⁸ Item II da Exposição de Motivos do CPP.

⁷⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 159.

sistema penal, desde a quebra parcial com os antigos moldes liberais nos quais foi criado até a expansão atual do penalismo.

Nesse sentido, inevitável é a citação de Ferrajoli, maior nome do garantismo penal, que aduz haver uma separação do próprio direito penal, em decorrência da sua extensão e da quebra do paradigma liberal, em três outros subsistemas: o ordinário, em que se verificariam divergências entre os direitos e garantias fundamentais, de matiz liberal, estabelecidos na Constituição, e sua efetividade dentro de uma realidade necessitada do panpenalismo; o policialesco, caracterizado pela extensão do direito penal na atuação policial, sendo dada maior relevância a medidas prisionais e constritivas em nome da defesa social e do interesse público; e, por fim, do excepcional, no qual se verificaria a flexibilização de premissas básicas do direito penal, tendo em vista a luta contra a criminalidade operada por um inimigo⁸⁰. Tal extensão do penalismo atual, para Ferrajoli, seria uma pena de morte para um efetivo garantismo num Estado de direito:

É, sem dúvida, própria da extensão maciça do direito penal, sua incursão sobre a estrutura garantista da jurisdição, turvando a legitimidade, favorecendo o exercício distorcido e aumentando a distorção entre a normatividade dos princípios e a efetividade das práticas. A ilusão panpenalística é sempre funesta ao garantismo, sendo o instrumental penal idôneo para enfrentar sem se romper ou corromper. Isto é tudo o que aconteceu na Itália, onde o Estado de emergência ganhou muito espaço graças à revitalização dos delitos associativos previstos no Código Rocco e à invenção de novas técnicas inquisitórias, formas de processo e de acusação de matiz policialesca e esquemas penais modelados com base em tipos de autor. Estes arquétipos substanciais surgiram novamente, sobretudo nos processos de terrorismo e em outras formas de criminalidade organizada, encontrando em seu favor uma subcultura jurídica animada por uma conceituação do processo como uma “luta” pela *salus rei publicae* e que justifica meios extraordinários; e acabaram por contagiar por completo o costume judiciário valorizando, também nos processos para delitos comuns, métodos fortes e persecutórios de justiça preventiva. Agreguem-se os desvios, as disfunções e os arbítrios provenientes do caráter, sem dúvida secreto e incontrolado, do nosso processo penal na fase de inquérito, que é, pois a mais delicada, decisiva, e da qual resulta uma relativa autonomia de praxe, tanto maior como mais fracas se tornam os vínculos garantistas a ela impostos pelas leis, e quanto mais forte seja a legitimação emergencial da função judiciária.⁸¹

Se é verdade que Ferrajoli limitou boa parte de suas observações à análise do penalismo italiano do final do século XX, não menos verdade é afirmar que suas ideias se aplicam perfeitamente ao ideário penal brasileiro. Não apenas porque o nosso Código de Processo Penal tomou por base muitos dos institutos trabalhados no Código Rocco, de matiz

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 563.

⁸¹ Ibid., p. 565.

fascista, ou porque o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo após a ditadura militar, aproveitou da fórmula a não culpabilidade elaborada pelos técnico-jurídicos, mas por subsistirem, ainda hoje, no processo penal brasileiro, figuras de matiz substancialista, apartadas das premissas liberais do penalismo moderno, e mais preocupadas com a eficiência do sistema punitivo: a criminalização de condutas cujo bem jurídico é difuso ou coletivo (danos ao meio ambiente, tráfico de drogas, sonegação fiscal, delitos praticados no âmbito da Administração Pública, delitos contra o consumidor e contra o sistema financeiro nacional etc.)⁸², bem como a possibilidade de transacionar as penas e sanções aplicáveis pelo cometimento de um delito, sem a submissão do caso a um processo de cognição exauriente.⁸³

Não se pode olvidar, portanto, que vive o País no compasso de um direito penal moderno, ou direito penal expandido, fenômeno oriundo do aparecimento de novos bens jurídicos, e cujas causas são atinentes à própria sociedade globalizada, tais quais, conforme demonstra Silva-Sanchez, a conformação ou generalização de novas realidades, antes inexistentes ou ignoradas, como se dá com as instituições econômicas de crédito; a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, como o meio ambiente; o incremento valorativo de realidades até então existentes, mas cuja importância só foi dada depois, a exemplo do patrimônio histórico-cultural etc.⁸⁴ O advento dessas novas figuras penais, evidentemente, não foi dissociado do surgimento de um também novo processo penal, mais efetivo, publicista e substancialista.

⁸² As condutas indicadas no parêntesis são todas tipificadas nas Leis nºs 9.605/98, 11.343/06, 8.137/90, 8.666/93, 8.078/90 e 7.492/86. Em todos os casos, não se está diante de um bem jurídico individualizado, cuja titularidade pode ser identificada, mas de bens jurídicos difusos ou coletivos, titularizados por toda uma categoria ou universalidade de pessoas que se constituiriam num sujeito passivo indeterminado.

⁸³ Dois grandes exemplos que podem ser citados na legislação brasileira são os institutos da transação penal e o da colaboração premiada. O primeiro, disciplinado no art. 89 da Lei 9.099/95, é aplicável aos crimes cuja pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, independentemente de terem ou não menor potencial ofensivo, podendo o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Já aquele segundo instituto tem localização bem apropriada: o art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), segundo o qual o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Esses novos institutos processuais penais permitem uma flexibilização de um paradigma do penalismo liberal: a rigidez do processo, sem a possibilidade de transacionar sobre quais sanções seriam aplicáveis. Evidente que tais institutos têm por objetivo demonstrar a efetividade do processo penal no combate à criminalidade.

⁸⁴ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28. O autor, ainda, considera que o fenômeno da expansão do direito penal tende a se dar, nas sociedades atuais, de uma forma “razoável”, alertando, contudo, que isso não necessariamente impede sua “expansão desarrazoada” para determinadas áreas. Nesse sentido, exemplifica que, diante dos altos lucros auferidos com a atividade da narcotráfica, mostra-se razoável a expansão do direito penal para impedir a percepção das vantagens ilícitas por meio da tipificação da lavagem de dinheiro. Isso não significa, contudo, que deva o direito penal expandir-se em qualquer conduta de utilização de pequenas e médias quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou na retribuição de serviços, não se mostrando razoável a tipificação de lavagem de dinheiro nesse caso. Nesse sentido, cf. *ibid.*, p. 29.

A adoção, no penalismo brasileiro, desses novos paradigmas, parece ter convivido com a estrutura inquisitória do nosso CPP, mesmo depois da adoção de um sistema acusatório⁸⁵ por parte da CF/88. Ao mesmo tempo em que nosso processualismo penal dava boas-vindas a institutos de justiça negociada, por exemplo, preservou figuras antigas e típicas de sistemas penais mais autoritários, tais quais o inquérito policial, a ordem pública como requisito autorizador da prisão preventiva e a produção de prova de ofício, por determinação do juiz. Como resultado, houve um agigantamento do direito penal, em boa medida afastado de seu paradigma de intervenção mínima, e do processo penal, agora voltado ao combate à criminalidade.

E foi nesse contexto, de inovação dos paradigmas processuais penais com a preservação de seus cânones mais autoritários, que foram proferidas as decisões do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44. Nesse cenário, um fato curioso aconteceu: os argumentos utilizados por alguns ministros do STF para permitir a execução provisória da pena foram bastante similares aos formulados pela Escola Técnico-Jurídica, e em especial por Manzini, para mitigar a presunção de inocência.

Tais argumentos, levando em consideração as explanações feitas acima e no capítulo precedente, podem ser resumidos em três postulados ou orientações⁸⁶: a) a utilização de dados probabilísticos ou retirados de pesquisas empíricas para flexibilizar garantias penais e processuais penais; b) o papel do processo penal na defesa social de interesses que ultrapassam os do acusado, dizendo respeito ao combate à criminalidade, ao atendimento dos anseios populares ou estatais, bem como à necessidade que guarda o Estado dar efeito ao processo penal, a fim de evitar a impunidade; e, por fim, c) o uso de argumentos lógico-jurídicos, estritamente dogmáticos, para demonstrar a possibilidade de flexibilização de uma garantia processual penal básica.

Em maior ou menor intensidade e apresentando nuances variadas, adaptadas ao nosso tempo e à nossa legislação, tais orientações foram, dir-se-ia quase que de forma inconsciente,

⁸⁵ O processo penal acusatório designa aquele que pertence unicamente às partes, à quais é dada a movimentação processual, sem interferência do julgador em diligências probatórias ou cautelares, *ex officio*. O processo penal acusatório, assim, seria um *actum trium personarum*, preservando garantias processuais penais mínimas ao sustento dessa trindade, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Cf. SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências do sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2005, p. 41.

⁸⁶ Importante ressaltar que tais argumentos, chamados de petições de princípio por Ferrajoli, são atribuídos em grande parte a Manzini, que fundamentou o fim da presunção de inocência com base nos seguintes argumentos: “a apriorística valoração dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados, a insensata equiparação instituída entre os princípios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados na verdade são culpados. Reforçando esses avais, o Código Rocco de 1930 repeliu ‘por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado’, liquidando-a como ‘extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos’” (Op. cit., p. 442).

utilizadas pelos ministros do STF que votaram a favor da execução provisória da pena, a fim de aduzir que sua ocorrência não fulmina o princípio da presunção de inocência. É à análise crítica de tais votos⁸⁷, quanto ao uso daqueles três vetores argumentativos da Escola Técnico-Jurídica, que se destina o presente ponto, em conclusão à análise aqui empreendida.

3.1. Os dados e o uso da experiência comum: quando as pesquisas fragilizam uma garantia

Como visto anteriormente, um dos argumentos tipicamente utilizados pelos técnico-jurídicos, dentre os quais se sobressai Manzini, era o de inviabilidade da presunção de inocência, porquanto na maioria das vezes o indivíduo sobre o qual recai a persecução criminal é culpado pelo delito cometido, conforme se pode observar na prática forense, na qual se forma uma espécie de conhecimento da experiência comum⁸⁸. O argumento toma como ponto de partida o que se observa naturalmente de processos judiciais, no cotidiano das varas criminais e na atuação do sistema de justiça criminal. Toma, portanto, por base, dados da realidade, retirados da observação de um pesquisador ou de um julgador quanto à formação da culpabilidade do acusado.

A orientação parece ter sido reproduzida por alguns ministros do STF que votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena, ainda que pendente o julgamento de recurso desprovido de efeito suspensivo, por se terem baseado em dados, retirados de pesquisas quantitativas, em sua maioria informando o pouco êxito do recurso extraordinário em matéria criminal e a rara discussão da matéria da culpabilidade do acusado em instância extraordinária.

É o caso, por exemplo, do ex-ministro Teori Zavascki, que, em seu voto proferido no julgamento do HC nº 126.292/SP, assentou a excepcionalidade do recurso extraordinário, marcada pelo preenchimento do pressuposto da repercussão geral e aduziu que, mesmo preenchidos os requisitos de admissibilidade do referido recurso, “têm-se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente”. Mais adiante, cita trecho de um voto do ex-

⁸⁷ Infelizmente, até o momento da redação desse trabalho, ainda não havia sido disponibilizado o inteiro teor do acórdão do julgamento das ADCs nºs 43 e 44, de modo que nos limitaremos apenas a analisar os votos já disponibilizados por alguns ministros do STF, em seu sítio eletrônico. A análise, contudo, abrangerá também o inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do HC nº 126.292/SP, já disponibilizado no sítio eletrônico daquela Corte, motivo pelo qual acredita o autor não haver maiores complicações quanto às teses aqui lançadas.

⁸⁸ “[...] Sobre a ‘presunção’, MANZINI afirmava que, tecnicamente, ela é “meio de prova indireta”, pelo qual se extrai um dado absoluto ou relativo da base de experiência comum. E, se há alguma presunção a se extrair na ‘experiência do processo penal’ é a presunção de culpa, não de inocência, pois a maior parte dos acusados são, em geral, condenados.” In: Moraes, Maurício Zanoide. Op. cit, p. 123-124.

ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC nº 84.078/MG, segundo o qual “na maioria esmagadora” das questões que chegavam ao Tribunal para julgamento em recurso extraordinário, poucos preenchiam o requisito da repercussão geral, sendo providos apenas 36, dos 167 REs interpostos⁸⁹.

Já na parte final do seu voto proferido no julgamento das ADCs nºs 43 e 44, o ex-ministro rebate o argumento lançado pelos requerentes de que a mudança na jurisprudência da Corte, ao permitir-se a execução provisória a pena, causaria “dezenas de milhares” de encarceramentos, notadamente de pessoas humildes representadas pela Defensoria Pública. Ao então ministro, para que se pudesse fiar a essa tese, era preciso primeiro acreditar que há “dezenas de milhares” de recursos em matéria criminal aguardando julgamento em instâncias extraordinárias, e que tais recursos teriam grandes chances de êxito, pressuposto equivocado, na visão de Zavascki⁹⁰. Nesse sentido, o ex-ministro explica:

[...] Para ilustrar a evidente improcedência desse pressuposto, basta ter presente que, dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a 2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançaram provimento, sendo que, isso é importante, invariavelmente envolvendo matéria não relacionada à culpabilidade do acusado (em geral, prescrição e obrigatoriedade do regime fechado para crime hediondo, matérias que poderiam, com maior celeridade e eficiência, ser suscitadas em habeas corpus). [...]

Em recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio (FGV Direito Rio – Centro Justiça e Sociedade – Projeto: ‘Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores’/Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – Propostas para Reflexão. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23 – 112 – Janeiro/Fevereiro – 2015) mapeou-se os habeas corpus impetrados perante os Tribunais Superiores. Relativamente aos temas com maior incidência, destacou-se a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o erro na dosimetria da pena, a prisão cautelar, a aplicação do princípio da insignificância e o excesso de prazo da prisão, ou seja, matérias majoritariamente atreladas à prisão cautelar ou às circunstâncias do cumprimento da pena. Conclui-se, portanto, que o maior reflexo de reversão no STJ seria a expressiva e contínua divergência entre as decisões dos tribunais e as do STF e STJ. A culpabilidade propriamente raramente é objeto de questionamento – e muito menos de - acolhimento pouco reformada nas instâncias extraordinárias.⁹¹

Por outro lado, também no voto proferido no julgamento das ADCs nºs 43 e 44, o ministro Edson Fachin se permitiu tecer considerações de caráter estatístico sobre os efeitos

⁸⁹ STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 12-13 do voto do Ministro Relator.

⁹⁰ STF, ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, p. 31 do voto do Ministro Teori Zavascki.

⁹¹ Ibid., p. 32.

da guinada jurisprudencial tomada por aquela Corte ao permitir a execução provisória da pena. De início, tomou os dados fornecidos pelos requerentes, tirados de pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, segundo a qual a mudança de entendimento do STF produziu um aumento de apenas 0,6% no número de prisões decretadas por condenações em segunda instância.⁹² Ainda, considerou os dados fornecidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro perante o STJ, cuja atuação na esfera criminal, durante o período de março a dezembro de 2015, foi caracterizada pela tramitação de 1.476 processos criminais, dos quais em 896 se requeria absolvição, redução da pena ou atenuação de regime. Dos 896, 377, o equivalente a 42%, eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais, considerando terem sido ações de *habeas corpus* todo o restante. E dos 377 recursos especiais, apenas 41%, ou seja, 155 resultaram em decisão favorável à libertação do agente. Para o ministro, é “um dado, ainda que potencializado pelo discurso estatístico, importante, que deveria ser e deve ser objeto da preocupação desta Suprema Corte, ainda que fosse um único indivíduo vítima da injustiça.”⁹³

Mas talvez o ministro que mais se utilizou dos dados da experiência comum e do resultado de pesquisas de teor estatístico em seu voto tenha sido Luís Roberto Barroso, que analisou a quantidade de REs e RESPs. providos com base na culpabilidade do agente, resultando, por consequência, em sua absolvição. No ponto intitulado “Os Números Relevantes”, localizado topograficamente na primeira parte de seu voto, o Ministro partiu de pesquisa empírica realizada pela assessoria de dados estratégicos do STF, segundo a qual o percentual de recursos extraordinários que chegam a ser providos é “irrisório”: inferior a 1,5%⁹⁴. De acordo com a mesma pesquisa, os recursos extraordinários e os agravos em REs que foram providos, durante o período em que prevaleceu o entendimento anterior, segundo o qual seria inconstitucional a execução provisória da pena, não chegaram a representar 0,1% do total das decisões, considerando todos os recursos de natureza extraordinária admitidos e julgados pelo STF. No mesmo ponto, Barroso atenta também para o baixo provimento de recursos especiais em matéria criminal pelo STJ, representando, de acordo com dados do programa *Supremo em números*, da Fundação Getúlio Vargas – FGV, e levando em conta tanto os recursos inadmitidos na origem quanto os processados por agravo de instrumento, apenas 9,1% do total⁹⁵. O Ministro ainda se utilizou de dados fornecidos pela Presidência do

⁹²STF, ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, p. 16 do voto do Ministro Edson Fachin.

⁹³ Voto citado, p. 17.

⁹⁴STF, ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016. p. 11 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 12.

STJ, que indicam ter sido de 10,29% o número de recursos especiais em matéria criminal providos durante o período de 01/01/2009 a 19/04/2016⁹⁶.

A fim de não nos delongarmos, apenas os votos desses três ministros são o suficiente para ressaltar a utilização constante no julgamento do HC nº 126.292 e das ADCs nºs 43 e 44 de dados estatísticos e pesquisas empíricas segundo as quais o percentual de provimento dos recursos especial e extraordinário, nas cortes superiores, em se tratando de matéria penal relacionada à culpabilidade do agente, é muito baixo, saltando aos olhos uma espécie de regra da experiência comum (da prática forense), segundo a qual militaria uma certa presunção de culpa em desfavor dos condenados em segunda instância, ainda que pendente o julgamento de recurso de natureza extraordinária.

Não se pode deixar de notar, a despeito do maior rigorismo técnico na utilização dos dados estatísticos, a semelhança entre esse argumento e o utilizado por Manzini para justificar que o mais lógico seria presumir a culpa do acusado, considerando o valor de prova indireta da presunção e que, por conta disso, na maioria das vezes (também na prática forense), o agente é condenado ao final do processo. Não se diz aqui, por óbvio, que os dados estatísticos utilizados ostentem, ou lhes tenha sido dado, valor de prova indireta. Diz-se, contudo, que tanto para a doutrina técnico-jurídica italiana do início do século XX quanto para uma parte dos membros do STF atualmente, não haveria de se falar em uma inabalável e absoluta presunção de inocência, se, nas circunstâncias explicitadas, a realidade demonstra ser o acusado, na maioria das vezes, culpado.

Dessa forma, a consideração de dados estatísticos como um fator relevante para uma “inversão” da presunção de inocência induz à tese de ser mais lógico existir uma presunção de culpabilidade em face do acusado, considerando que, na maioria das vezes, ao final do processo, ele seria condenado. Contudo, também não se pode deixar de notar a presença do equívoco cometido pelos técnico-jurídicos italianos com esse argumento, ao negar o próprio valor político da presunção de inocência nos próprios fundamentos das decisões tomadas quando do julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs 43 e 44.

De acordo com Zanoide⁹⁷, os técnico-jurídicos consideraram que, sendo a presunção uma espécie prova indireta, conceito extraído do direito privado e baseado em indícios oferecidos pelas regras do juízo comum, o mais lógico, diante da persecução penal, seria presumir a culpabilidade do acusado. Para não retornar ao sistema inquisitorial medieval, que

⁹⁶ Ibid., p.23.

⁹⁷ MORAES, Maurício Zanoide. Op. cit., pp. 142-146.

assumia, de forma clara, a presunção de culpabilidade, elaborou-se a ideia de não culpabilidade, sustentada no pressuposto lógico de que a absolvição do acusado poderia perfeitamente advir não da prova de sua inocência, mas da falibilidade do Estado em apurar os fatos e em punir o acusado (ausência de provas ou prescrição). Com isso, entretanto, técnico-jurídicos negligenciaram o fato de que, quando os clássicos elaboraram o conceito de presunção de inocência, não conceituaram o termo “presunção” como na forma encontrada no direito privado, mas como uma regra jurídica, um pressuposto essencialmente político de funcionamento da persecução penal. Ou seja, ao se aduzir que alguém é presumidamente inocente, não se o faz com base em indícios fáticos extraídos das regras de juízo comum, mas com base numa escolha política, feita pelo Estado, de tratar o acusado, sempre e sem distinção, como inocente até que seja provada sua culpa ou até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assentando o valor político da presunção de inocência, em estudo sobre seus possíveis significados no processo penal do Estado Democrático de Direito, Antônio Magalhães Gomes Filho, citando Józef Wroblewski afirma:

As presunções, também sublinhou Wroblewski, estão fundamentadas em valores ideológicos e técnicos; no caso a presunção de inocência, o valor ideológico é a garantia de interesses do acusado no processo penal, enquanto o valor técnico, instrumental ao primeiro, contribui para a segurança e a certeza do direito, indicando ao juiz a regra a ser obedecida no caso de incerteza sobre a culpabilidade.

É justamente por isso que na leitura da expressão “presunção de inocência” há de ser considerado prioritariamente seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.⁹⁸

Aplicando-se o dito acima ao referido fundamento das decisões do STF, pode-se perceber que o mesmo equívoco foi cometido: alguns dos ministros daquela Corte desconsideraram o valor político da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF/88, considerando uma espécie de regra da experiência comum, de que, na maioria as vezes, os condenados em segunda instância são culpados, conforme se pode demonstrar por meio de dados estatísticos da quantidade de provimentos dos recursos extraordinários e especiais. Não se olvida aqui, como dito acima, a importância dos referidos dados. Entretanto, verdade é que, independentemente da quantidade de recursos de natureza extraordinária em matéria criminal providos, não há espaço para se presumir a culpa do acusado no

⁹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 37.

ordenamento jurídico brasileiro. Se o constituinte adotou a fórmula de uma presunção de inocência e estabeleceu que a culpa só pode ser presumida a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal limite deve ser obedecido, por representar uma opção política do Estado, independentemente de eventuais consequências negativas. Negá-lo seria negar o próprio valor histórico-político do princípio, em oposição aos moldes democráticos do processo penal liberal.

Apenas a título de curiosidade, em que pese ser tentadora a utilização de dados estatísticos para a elaboração de uma decisão judicial, não se pode olvidar que a consideração dos números em pesquisas empíricas guarda um fator de indiferença quanto à valoração da realidade. Tomar por base que um fato pode ser valorado consoante o uso de dados estatísticos pode levar, em oposição, a desconsiderar que, por trás dos números e percentuais, há vidas humanas afetadas por uma decisão judicial. Isso significa que, por vezes, a utilização das pesquisas, a despeito de traduzir uma fórmula racional de percepção da realidade, guarda um verdadeiro potencial “desumanizador” de seus efeitos, tendo em vista a falta de empatia do julgador/observador pelos fatos analisados, considerando sua ausência de contato empírico com aquela realidade.⁹⁹

Apesar de não podermos negar a importância dos dados estatísticos, como bem asseverado pelo Ministro Fachin, também não podemos deixar de assentar que não se trata de apenas de 1,54%, 1,5% ou 41% de 377 REs: são dezenas ou centenas de indivíduos que tiveram e ainda têm sua liberdade afetada com a execução provisória da pena, cujo controle de eventual ilegalidade só pode ser feito posteriormente pela via do *habeas corpus*. São vidas, não apenas números ou estatísticas, que podem ser afetadas pelos efeitos da execução

⁹⁹Tal ideia possui aceitação no campo da Psicologia, no qual o professor canadense Paul Bloom labora. Em palestra concedida para o projeto Fronteiras do Pensamento, o psicólogo, a fim de corroborar seu estudo acerca de uma ética da empatia, assenta a tese de que, muitas vezes sem percebermos, as estatísticas, representadas pela organização racional de uma série de números, invisibiliza a realidade observada, escondendo suas idiosincrasias e impedindo um exercício de alteridade para com o outro. Para exemplificar suas ideias, Bloom lembra de uma experiência realizada por um grupo de psicólogos americanos em que se mostrava a uma determinada quantidade de pessoas uma situação de crise financeira de pessoas carentes, por meio de dados e números, e se perguntava aos entrevistados quanto dinheiro eles poderiam dar àquelas pessoas. As respostas foram uniformes: a maioria ofereceu apenas 1 dólar. Quando confrontado outro grupo de pessoas com a mesma situação fática, mas agora demonstrada por meio de nomes e imagens das pessoas em situação de hipossuficiência, as respostas foram diversas: grande parte ofereceu quantias bem mais vultosas a fim de auxiliar na caridade. Eis o motivo, de acordo com o psicólogo, pelo qual grupos de caridade normalmente não se utilizam de números ou estatísticas, mas de histórias pessoais e imagens para arrecadar doações às suas causas. Toda a exposição da ideia pode ser vista em BLOOM, Paul. **A desumanização das estatísticas**. Projeto Fronteiras do Pensamento. 3 minutos e 51 segundos. Disponível em: <http://www.fronteiras.com/videos/a-desumanizacao-das-estatisticas>>. Acesso em 14 de junho de 2016. O psicólogo canadense, ainda, embora reconheça a ausência de estudos no campo da Psicologia sobre o potencial desumanizador das estatísticas, assevera que exemplos podem ser buscados na própria História. É o caso da obra “A Cabana do Pai Tomás”, romance escrito em 1852 por Harriet Beecher Stowe, quem, segundo o presidente norte-americano da época, Abraham Lincoln, em referência à Guerra da Secessão norte-americana, teria sido “a pequena dama que iniciou toda essa guerra”. Conforme relata Bloom, estudos apontam que a obra efetivamente preparou o campo para o início da referida guerra e para a luta pela abolição da escravatura no país, não porque se baseou em estatísticas sobre a quantidade de escravos negros subjugados ou mortos no sul dos EUA, mas porque foi estruturada sobre a forma de um romance, demonstrando, por meio de uma história fictícia e singular, efetivamente o sofrimento da população negra da época.

provisória da pena, ainda que se esteja diante de um baixo percentual de provimento dos recursos de natureza extraordinária em matéria criminal¹⁰⁰.

3.2. O argumento da defesa social: o direito penal do inimigo e o processo penal eficiente

Mais acima restou frisado ser um dos fundamentos presentes nos argumentos da Escola Técnico-Jurídica para a mitigação da presunção de inocência a defesa dos interesses do Estado e da coletividade, uniformizado nesse trabalho como “argumento da defesa social”. Por esse fundamento, não fazia sentido falar-se em presunção de inocência se, diante de determinadas situações, militava verdadeira presunção de culpabilidade em face do acusado, frequentemente associado à figura do inimigo (*hostis*), voltado a desestabilizar as balizas políticas do Estado, bem como a prejudicar os interesses da coletividade. Ao estabelecerem não ser lógico falar em presunção de inocência, tendo em vista que o juiz, ao final, não declara a inocência, mas decide se o acusado é ou não culpado, os técnico-jurídicos disfarçavam um dos fundamentos mais marcantes de sua visão, que é a proteção dos interesses do Estado.¹⁰¹

O fundamento também foi utilizado quando das decisões do HC nº 126.292/SP e das ADCS nºs 43 e 44, embora, deve-se ressaltar, sem a mesma faceta autoritária que caracterizou aquela Escola. O que se observa, na verdade, quando se analisam os votos dos ministros que entenderam pela possibilidade da execução provisória da pena, é a sua justificação como uma espécie de medida de ordem pública, sustentada na necessidade de garantir a credibilidade do Judiciário, em face dos problemas da criminalidade e da impunidade gerada pela ocorrência da prescrição punitiva. Dito argumento, assim, e como se verá mais adiante, acaba por denotar

¹⁰⁰ A pesquisa realizada por Ivar A. Hartman pelo Programa *Supremo em Números* é bem significativa, por poder refutar, de forma racional e equilibrada, um dos maiores argumentos contrários à execução provisória a pena: o de que a decisão tomada pelo STF poderia gerar um caos ainda maior no sistema carcerário brasileiro, atualmente já em crise. Partindo de uma análise amostral da quantidade de recursos especiais e extraordinários em trâmite, respectivamente, no STJ e no STF, em matéria criminal, o autor chega à conclusão de que, do total dos processos, haveria apenas uma mudança de 0,6% da liberdade dos acusados, pois era esse o percentual correspondente àqueles que haviam sido condenados em segunda instância à pena igual ou superior a 8 (oito) anos de reclusão. Contudo, em que pese matematicamente designar um número insignificante, não se pode olvidar que o percentual corresponde, como ressaltado pelo próprio autor na pesquisa, 177 casos. Isto é, 177 indivíduos cujo *status libertatis* estaria ameaçado por uma eventual execução injusta da pena. Ainda assim, vale a leitura da interessante pesquisa:

HARTMAN. Ivar A. et al.

O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - um estudo empírico quantitativo. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>>. Acesso em 02/07/2017.

¹⁰¹ Nesse sentido, MORAES, Maurício Zanoide de. Op cit. p. 136: “Os ‘dados certos e seguros’ que lastreavam MANZINI são de fácil percepção se observável o momento histórico em que desempenhava seu magistério: a presunção de culpa (de periculosidade, de temibilidade, de heresia ou de insurgência política ou militar), advinda de uma postura embebida e fomentada por uma visão estatal autoritária (fascista e violenta) e pela qual todos, que não estivessem ao seu lado (seguidores, adeptos, correligionários, familiares, companheiros de fé ou de partido), são maus (doentes, criminosos, hereges, rebeldes ou um perigo social), pela própria e simples condição de não lhe serem afins.”

dois aspectos, ou melhor, duas tendências no combate à nova criminalidade: as ideias do direito penal do inimigo e do processo penal eficiente.

O então ministro Teori Zavascki, quando do voto no HC nº 126.292/SP, não se furtou em tecer considerações sobre a interpretação literal do art. 5º, LVII, da CF/88 e a fragilização do Poder Judiciário na garantia do *jus puniendi*. Aduziu, logo em seguida à apresentação de dados sobre a quantidade de provimentos de recursos especiais e extraordinários em matéria criminal, que a obediência à literalidade do citado dispositivo tem, não raro, incentivado a interposição de recursos protelatórios, tanto nas Cotes ordinárias quanto nas instâncias extraordinárias, de modo a atrair a prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista ser o último marco interruptivo do prazo prescricional a publicação da sentença ou do acórdão condenatórios.¹⁰²

O ministro Edson Fachin também não adentrou profundamente no tema da impunidade em decorrência da prescrição ocasionada pela interposição sucessiva de efeitos protelatórios, no julgamento do HC nº 126.292/SP, tendo se limitado a tecer maiores considerações sobre a estrutura constitucional do sistema recursal brasileiro, aduzindo que a finalidade perseguida pela CF/88 não é a de “outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”.¹⁰³ Foi, contudo, no voto proferido quando do julgamento das ADCs nºs 43 e 44 que o ministro, assentando seu entendimento na proteção dos direitos humanos, justificou a flexibilização da presunção de inocência. Para tanto, citou exemplos notáveis de proteção insuficiente dos direitos humanos no País¹⁰⁴, casos em que a morosidade judicial representou um óbice à própria prestação jurisdicional.¹⁰⁵ Mais à frente, referindo-se às ideias já lançadas pelo ministro Gilmar Mendes, Fachin relembra a relevância dos recursos de natureza extraordinária, que laborariam não em favor do interesse do postulante, mas de uma coletividade desejosa pela pacificação da jurisprudência sobre determinada matéria:

Sua Excelência [Ministro Gilmar Mendes], em artigo doutrinário, igualmente defendeu a tese segundo a qual “os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e

¹⁰² STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 14-15 do voto do Ministro Teori Zavascki.

¹⁰³ STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 4 do voto do Ministro Edson Fachin.

¹⁰⁴ O ministro cita os exemplos de Maria da Penha, Sétimo Garibaldi, Ximenes Lopes e o dos Meninos Emasculados do Maranhão. Cf. STF, ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, pp. 4-6 do voto do Ministro Edson Fachin.

¹⁰⁵ Ao final, assentou o ministro: “Digo isso, Senhora Presidente, para rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável “sociedade punitivista”, comprimindo direitos humanos num ‘ambiente de histeria’”. Cf Ibid., p. 6.

constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. (...) Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”. (MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade. In Marco Aurélio Mello – Ciência. Ribeirão Preto : Migalhas, 2015, pp. 39-40).¹⁰⁶

O ministro Luiz Fux, por sua vez, no voto por ele proferido no julgamento do HC nº 126.292/SP, além de ter aduzido a ilogicidade em continuar se considerando inocente o acusado, ainda que tenha sido condenado nos júzós de primeiro e segundo grau e no STJ¹⁰⁷, também disse não encontrar mais a literalidade do art. 5º, LVII, da CF/88 “ressonância no meio social”, devendo, por tal motivo, ter sua interpretação modificada para melhor se adaptar à funcionalidade sistêmica do ordenamento jurídico:

Eu, como fui antecedido por três exemplares manifestações - Ministro Teori, Ministro Fachin e Ministro Barroso - não queria reiterar aspectos que aqui foram destacados. Mas, apenas, traria a lume, por fim, uma observação que parece muito importante. É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer ad infinitum, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico.¹⁰⁸

O ministro Gilmar Mendes, também no julgamento do HC 126.292/SP, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, tecendo uma série de considerações sobre a revisão do entendimento. Isso porque ele havia se somado à maioria que decidiu, em 2009, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, no julgamento do HC 84.078, da relatoria do então ministro Eros Grau. A partir daí, aduziu, vinha se preocupando com os efeitos práticos da decisão, bem como a sua ressonância social. Mendes observa, nesse sentido, o problema da resposta da efetividade processual penal diante

¹⁰⁶ Ibid., p. 8 e 9.

¹⁰⁷ O ministro assestou ser, em verdade, a presunção de inocência o designado na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, segundo a qual toda pessoa acusada de um ato delituoso tem direito a ser considerada inocente até que sua culpabilidade tenha sido *comprovada*. Cf. STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 1 do voto do Ministro Luiz Fux.

¹⁰⁸ Ibid., p. 2-3.

do fenômeno da prescrição, momento ao qual se segue um interessante diálogo com o ministro Barroso:

Em nosso caso, ao contrário, sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões. Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional.

Não faz muito o The Economist fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e só nessa linha, ratificando, porque me esqueci, e acho que parte do número excessivo de prisões provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final. Portanto, uma inversão lógica que hoje nós talvez estejamos ajudando a combater. Já que Vossa Excelência citou o The Economist, o desta semana tem uma matéria muito interessante pela descriminalização da maconha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um habeas corpus, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite. Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça. Ainda há pouco – e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal –, esse crime, por todas as razões, reprovável, ocorrido em Unai, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico. Um outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e no caso de tribunal do júri, tendo em vista a soberania do júri, talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau, tendo em vista a gravidade do homicídio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa. O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves. Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos

advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.¹⁰⁹

Mesmo antes do julgamento das ADCs nºs 43 e 44, o ministro Luís Roberto Barroso já professava, em meios midiáticos, a necessidade de soluções vias judiciais para enfrentar a chamada “criminalidade dos poderosos”, tendo aduzido que o Brasil se tornara um País de “delinquentes ricos”¹¹⁰. A necessidade de se combater a criminalidade dos poderosos, cujos autores são os que mais interpõe recursos nos tribunais superiores a fim de ver prescrita a pretensão punitiva, foi um dos grandes motivos para a utilização pelo ministro Barroso do argumento da defesa social.¹¹¹ Nesse sentido, no voto proferido no julgamento do HC nº 126.292/SP, o ministro ementou parte do entendimento ali escrito como um conjunto de “fundamentos pragmáticos”, que justificariam a execução provisória da pena, com o objetivo de tornar “mais equilibrado” o sistema de justiça criminal, “diminuir o grau de seletividade” do sistema punitivo, em combate à criminalidade de colarinho branco, e em impedir a interposição protelatória de recursos de natureza extraordinária.¹¹²

¹⁰⁹ STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 2-3, do voto do Ministro Gilmar Mendes. Mais à frente (Ibid., p. 12-13), os ministros voltam a dialogar, dessa vez sobre a demora na prestação jurisdicional no caso do Tribunal do Júri, em que a prescrição pode ocorrer após sucessivos recursos da decisão de pronúncia. Nos apartes, os ministros invocam o problema dos grupos de extermínio, bastante comuns na região Nordeste do Brasil, e a comoção social por eles gerada. Ao final, aduz Gilmar Mendes sua preocupação quanto ao tema: “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E é verdade, o governador Eduardo Campos acompanhava essa questão, diretamente, me mostrou o sistema de acompanhamento no Palácio, em Pernambuco, ele ficava um tanto chocado, não era da área jurídica, com esse fenômeno; travava um combate muito intenso contra o crime organizado, especialmente, esse crime de mando em Pernambuco, e, depois de dois ou três anos da prisão de autores de crimes graves, ele dizia "a Justiça acaba decidindo pela soltura", porque vinha a questão do tempo de prisão, crimes complexos em que não havia a possibilidade de fazer um julgamento rápido e, claro, essas pessoas voltariam a cometer crimes, porque pertenciam a organizações criminosas. Nós sabemos que, em alguns parlamentos, de alguns Estados, há, inclusive, algumas figuras importantes que estão associadas – certamente Vossa Excelência deve ter visto isso na comissão – a esses crimes extremamente graves; a questão da pistolagem, em alguns Estados, é extremamente grave.”

¹¹⁰ Cf. nota 3.

¹¹¹ Nesse ponto, é importante frisar a honestidade intelectual do ministro Edson Fachin, que assentou, no voto proferido no julgamento das ADCs nºs 43 e 44, não se fundar o novo entendimento do STF no combate apenas da “criminalidade de colarinho branco”, como se observa do trecho a seguir de seu voto: “Outra questão, Senhora Presidente, que se me afigura importante destacar, é que, ao contrário do que se aventou da tribuna e em memoriais, creio não ter tido este Supremo Tribunal Federal em conta, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, as preocupações legítimas da sociedade com a baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do “colarinho branco”. Essas não foram e não são a essência desse entendimento. Estou convicto que o enfrentamento do crime, qualquer que seja, se faz dentro das balizas constitucionais. Cabe ao Poder Judiciário assegurar que os órgãos de persecução se comportem de acordo com a Constituição e as leis. Abuso de poder, especialmente do Poder Judiciário, cumpre coibir onde e quando houver. Digo isso porque não soa adequada a decisão desta Corte que valha apenas para uma determinada modalidade de crime, como se chega a sugerir. A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer.” Cf. ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, p. 7 do voto do Ministro Edson Fachin.

¹¹² “DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.[...] 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e

No julgamento das ADCs, o ministro repetiu os argumentos de defesa social, tendo intitulado o ponto II da primeira parte de seu voto com a seguinte frase: “Alguns exemplos que demonstram que o sistema não funciona”.¹¹³ Nele, Barroso assenta que a necessidade de esperar o trânsito em julgado para o início da execução da pena tem levado, não raro, à prescrição dos crimes julgados¹¹⁴. O ministro, então, recorda de exemplos marcantes na história brasileira de impunidade ocasionada pela morosidade do sistema de justiça criminal, como os casos de Pimenta Neves, de Luís Estêvão, de Edmundo, de Pedro Talvane e da Missionária Dorthy Stang¹¹⁵. Para ele, o sistema seria injusto e apenas perpetraria a impunidade se continuasse a ser obedecida a literalidade do art. 5º, LVII, da CF/88:

24. Há incontáveis casos em que coisas semelhantes se passaram. Porque esta é a regra. Apenas a título exemplificativo, no mesmo dia em que nós julgamos o HC 126.292, mudando a jurisprudência nesta matéria, estava na pauta um RE de relatoria da Ministra Rosa Weber. O caso envolvia um homicídio qualificado cometido em 1991. Depois de recursos infundáveis contra a sentença de pronúncia, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri em 1995. Em 2016, a pena ainda não havia sido cumprida, pela interposição sucessiva de recursos descabidos. Quem quiser ler esta história, humanizada, com os nomes dos personagens e das famílias devastadas, pode ler a história publicada pelo jornalista Vinícius Gorczeski, na Revista Época. Quando se colocam nomes, sentimentos, sofrimentos, inconformismo, o absurdo do sistema fica mais visível.¹¹⁶

O ministro segue, recordando mais adiante os fundamentos utilizados no voto do HC nº 126.292/SP, os quais podem basicamente ser resumidos em três: a) a espera pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória para dar início à execução provisória da pena tem levado muitos réus a interpor, desnecessariamente, recursos que, por tal razão, adquirem caráter protelatório, sobrecarregando o trabalho do Judiciário; b) a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena tem aumentado a seletividade do sistema de justiça criminal, na medida em que apenas os réus “abastados” possuem condições econômicas de interpor vários recursos, resultando no encarceramento em massa de acusados pobres e a extinção de punibilidade dos acusados ricos; e c) a obediência à literalidade do art. 5º, LVII, da CF/88 tem dado ensejo à prescrição de vários crimes praticados por esses agentes ricos, levando o

igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. [...]”. Cf. STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 2 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

¹¹³ ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, p. 7 do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

¹¹⁴ Fragilizando, assim, a “tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal” (idem).

¹¹⁵ Todos os casos são muito bem explicados pelo ministro. Cf. *Ibid.*, p. 8-10.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

sistema de justiça penal ao descrédito e a sociedade ao sentimento de impunidade.¹¹⁷ Nesse cenário, para o ministro, a aplicação da pena, quando da pendência de recursos de natureza extraordinária, seria medida de ordem pública.

Todos os argumentos lançados pelos ministros carregam um ponto em comum: é necessário enfrentar o problema a impunidade ocasionado pela interposição sucessiva de recursos nas instâncias extraordinárias. A questão nevrálgica seria a inefetividade do sistema de justiça criminal, caso obedecida a literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF/88, ao não impedir que a interposição sucessiva de recursos possa afastar a ocorrência da prescrição. Como consequência, tanto os autores dos ditos crimes de colarinho branco, quanto dos crimes de comoção nacional, normalmente os dolosos contra a vida, não viriam a ser condenados, causando um sentimento de impunidade no meio social e levando a imagem do Judiciário ao descrédito.

Em que pese a seriedade dos fundamentos, não se negando também a gravidade dos problemas levantados, o uso do argumento de defesa social por parte dos ministros do STF denota duas tendências perceptíveis no atual penalismo: o direito penal do inimigo e o processo penal eficiente.

Quando se observa o uso do argumento da defesa social, principalmente tendo em vista os fundamentos lançados por Barroso, percebe-se ter aquela maioria do STF assumido uma posição de um direito penal voltado ao combate de um tipo específico de acusado: o réu “abastado”, com condições financeiras o suficiente para interpor recursos protelatórios, normalmente associado à criminalidade de colarinho branco e a crimes de comoção nacional. Individualizou-se um ente específico, contra o qual se viu a necessidade de interpretar de forma mais flexível a garantia da presunção de inocência. Não se pode, portanto, deixar de perceber a semelhança entre tal fundamento e o do direito penal do inimigo, concepção elaborada pelo penalista alemão Günther Jakobs, segundo o qual a construção de um sistema repressor voltado ao combate de uma determinada criminalidade, tratando-se o agente como “inimigo”, deve acontecer de forma totalmente apartada do chamado direito penal dos cidadãos, relacionado a um Estado de liberdades e de respeito às garantias penais e processuais penais:

[...] Os impedimentos são constitutivos para o Estado de liberdade; quem os libera abandona tal modelo de Estado. A existência de um direito penal do inimigo, portanto, não é sinal de força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe. Certamente são possíveis

¹¹⁷ Ibid., p. 14-15.

situações, que talvez ocorram inclusive neste momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perde seu poder de vigências se se espera que com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas então o direito penal dos inimigos só pode ser legitimado como um direito penal de emergência, que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal dos cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa. Assim como a regulação da incomunicação não foi, corretamente, incorporada à StPO (outra questão é se foi bem situada na EGGVG), o direito penal de inimigos tem que ser separado do direito penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma de direito penal dos cidadãos.¹¹⁸

As ideias lançadas por Jakobs se baseiam na possibilidade de se pensar a pena para além do mero caráter retributivo. Para os cidadãos, a sanção penal seria uma consequência do cometimento do delito, uma reafirmação do direito, tendo em vista a concepção kantiana de ser o delito uma negação da validade da norma. Seria, portanto, uma resposta a um não direito. Por outro lado, o direito penal do inimigo imporá ao acusado uma pena não necessariamente por atos já realizados, mas por delitos que ainda podem vir acontecer. Não é, pois, a culpabilidade do indivíduo que justifica a pena. Ainda que essa não esteja formada, aplica-se a sanção penal por ser medida de ordem pública, de combate a um tipo específico de infrator, normalmente associado à criminalidade organizada dos delitos econômicos, do terrorismo e do tráfico de drogas. Diferentemente dos cidadãos, autores de crimes “normais”, e por quem existe uma expectativa normativa de integração à sociedade, o inimigo seria autor de crimes excepcionais, frustrando as expectativas normativas da sociedade, por nele residir um estado de insubordinação jurídica implícita.¹¹⁹

Mas o direito penal dos inimigos também se manifesta por meio de efeitos no sistema processual penal e nas garantias constitucionalmente estabelecidas. Jesús-María Silva Sanchez, após explicitar os conceitos de primeira e segunda “velocidades” do direito penal¹²⁰,

¹¹⁸JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 143.

¹¹⁹SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Artigo publicado para o Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em 11/07/2017.

¹²⁰ O estudo das chamadas “velocidades” do direito penal diz respeito ao penalismo moderno, bem como à atual expansão que vem o direito penal sofrendo sob a justificativa do aparecimento de novos bens jurídicos. Nesse sentido, a primeira “velocidade” do direito penal estaria afeta às suas raízes liberais, voltada à proteção de bens jurídicos mais básicos e naturais à convivência humana, de titularidade individual, como a vida, a propriedade, a liberdade etc. Como consequência, a principal característica desse tipo de direito penal seria o máximo respeito pelas garantias processuais e a rigidez das penas privativas de liberdade. Por outro lado, a segunda “velocidade” do direito penal estaria mais afeta ao moderno penalismo, voltando-se à proteção de bens jurídicos mais recentes e abstratos, de titularidade coletiva, como a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, a saúde pública etc. Como consequência, essa nova faceta do direito penal seria caracterizada por uma maior flexibilização das garantias processuais penais, e por uma substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito e pela multa. Cf. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 138-147. O autor defende, portanto, uma espécie de balanceamento entre minimalismo e punitivismo aplicado às duas velocidades do direito penal. Enquanto na primeira respeitam-se as garantias individuais, na segunda elas são flexibilizadas. Por outro lado, enquanto na primeira

aduz ser o direito penal dos inimigos uma espécie de terceira velocidade, caracterizada pela gradativa flexibilização de garantias processuais penais e pela rigidez das penas privativas de liberdade, com o conseqüente maior encarceramento. O autor, ainda, diz que a adoção de um direito penal do inimigo deve obedecer a critérios de emergência e necessidade, podendo apenas ser despertado uma vez verificadas circunstâncias fáticas que o justificam. Mas isso não parece impedir os países de atualmente adotarem o direito penal do inimigo de forma perene, em constante combate a uma criminalidade organizada que assentam ameaçar as balizas da comunidade e do Estado¹²¹. É necessário combater o inimigo, para garantir a credibilidade do sistema punitivo.

Quando se analisa o argumento da defesa social utilizado por alguns ministros do STF, percebe-se ter a execução provisória da pena adquirido uma faceta típica do direito penal do inimigo: ao invés de justificar-se na retribuição, que só poderia ocorrer quando confirmada a culpabilidade com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a aplicação da pena baseou-se na necessidade dar uma resposta à sociedade e de proteger a credibilidade do Judiciário em face do acusado por crimes de colarinho branco ou de comoção nacional. A garantia da presunção de inocência foi flexibilizada a fim de dar azo ao maior encarceramento de tais acusados. A execução provisória da pena, portanto, assumiu características de uma terceira velocidade do direito penal.

A flexibilização da presunção de inocência não se restringiu apenas à ideia de direito penal dos inimigos, mas também a outra que lhe é correlata: a de que o processo penal deve se fundar sobre a lógica da produção de resultados, isto é, o postulado do eficientismo. Assumir um processo penal mais voltado ao combate à criminalidade, do que à proteção das garantias individuais e à limitação do poder punitivo estatal, é assentar que diversos elementos podem obstar a produção de seus efeitos: tempo, dinheiro, inércia ou corrupção dos indivíduos componentes do sistema, e até mesmo, as próprias garantias processuais penais, sob a lógica do eficientismo, ostentam o condão de fazer do processo penal meio ineficaz de exercício do *jus puniendi*, não encontrando mais abrigo ou aceitação social.¹²² Sob tal concepção, um

aplicam-se de forma rígida as penas privativas de liberdade, na segunda há espaço para sua substituição dessa pelas restritivas de direito ou pela multa. O direito penal do inimigo seria, portanto, uma junção dos dois aspectos punitivistas de cada uma das velocidades: flexibilização das garantias penais e rigidez na aplicação das penas privativas de liberdade.

¹²¹ “Pois bem, em minha opinião, isso não se está verificando, se não que os Estados, ao contrário, vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que *Moccia* criticara com agudeza, de *perenne emergencia*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer.” Cf. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Ibid.*, p. 151.

¹²² Como assentam Rubens Casara e Geraldo Prado, ao eficientismo é creditada a possibilidade de tomar a relação entre os meios (tais quais o inquérito, o processo de conhecimento e o de execução) e os fins (como a descoberta da verdade, a condenação dos culpados, a segregação dos inimigos, a repressão e a prevenção dos delitos, a garantia de ordem pública, a paz social etc.) mais célere e menos custosa do ponto de vista econômico, social e político. Cf. PRADO, Geraldo. CASARA,

processo penal que não alcance o maior número de resultados possível não mais serve à comunidade.

A eficiência do processo penal está imbricada ao surgimento do emergencialismo penal. De acordo com Ana Elisa Bechara¹²³, a cultura do penalismo de emergência surgiu na Itália, nas décadas de 1960 e 1970, quando o Estado, visando ao combate de novas criminalidades, mormente as que ostentavam um caráter organizado, tais quais as dos crimes econômicos, de terrorismo e de corrupção, passou a adotar medidas penais e processuais penais de combate. Substituiu-se, quanto aos autores desses crimes, o direito e o processo penal de garantias, por um penalismo policialesco, caracterizado pelo aumento da repressão a determinados tipos penais, pela vedação da liberdade provisória, pelo interrogatório sem defensor, pela perda da imparcialidade do Judiciário etc. As medidas, tomadas em caráter temporário, acabam impregnando o ordenamento jurídico e se tornam não a exceção, como originalmente imaginadas, mas a regra.¹²⁴ Como resultado, “a ética das formas e os princípios fundamentais, como os da legalidade e da culpabilidade, passam a ser vistos como sutilezas e barreiras para a eficiência do poder punitivo do Estado”¹²⁵.

A justificativa da mitigação da presunção de inocência, em prol da execução provisória da pena, tendo em vista os problemas da impunidade e dos crimes de colarinho branco e de comoção nacional, não parece deixar de buscar suas fontes na tendência de um direito penal do inimigo e de um processo penal eficiente baseado numa cultura emergencialista da repressão atual. Todas se contrapõem historicamente a um direito e a um processo penal de garantias, liberal, por excelência. Todas se calcam no combate à criminalidade, na busca por resultado, na transposição de barreiras institucionais à aplicação do *jus puniendi*. Nesses termos, a execução provisória da pena se legitima, aproveitando-se dos termos trabalhados por Ferrajoli, muito mais por uma “razão de Estado” do que por um “Estado de direito”.¹²⁶

R.R. Rubens. **Eficientismo repressivo e garantismo penal**: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. Discursos Sediciosos. v. 17. Rio de Janeiro: Revan, 2012, Pág. 68.

¹²³ BECHARA, Ana Luísa Liberatore Silva. Discursos de Emergência e Política Criminal: o futuro do direito penal brasileiro, p. 422. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 103, jan./dez., 2008, São Paulo, p. 411-436.

¹²⁴ Essa tendência de normalização das medidas excepcionais já foi percebida por Giorgio Agambem, para quem haveria atualmente um estado de exceção inerente às democracias, disfarçado eminentemente na ideia de combate ao inimigo. Para o autor, o estado de exceção “tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci. D. Poletti. 1. ed. São Paulo: Boitempo (estado de sítio), 2004, p. 13.

¹²⁵ *Ibid.* p. 423.

¹²⁶ “Compreende-se a contradição entre a ‘razão de Estado’ assim entendida e o ‘Estado de direito’. O critério regulador da primeira é a subordinação dos ‘meios’, que são indeterminados e não reguláveis, ao alcance dos fins políticos cuja

3.3. A lógica jurídica: a fragilidade dos argumentos dogmáticos utilizados para mitigar a presunção de inocência

Uma das principais características da Escola Técnico-Jurídica, como visto anteriormente, foi o uso constante de argumentos estritamente dogmáticos, ligados a uma lógica jurídica pura e aparentemente sem pretensões políticas, para disfarçar o teor ideológico de seus ensinamentos. Dessa forma, a fim de mitigar a presunção de inocência, garantia de interesse aos que pudessem se voltar ao Estado fascista, a referida escola assentou não haver de se falar em uma “presunção” do estado da inocência do acusado, dada a presença de indícios que atestam, em verdade, sua culpabilidade, permitindo, por exemplo, o início da persecução penal e a decretação de medidas cautelares. O argumento, que se baseia na ideia do valor de prova indireta da presunção (não sendo razoável presumir-se a inocência de alguém acusado por um crime), seria a justificativa lógica para a mitigação da presunção de inocência, com base na dogmática penal da época.

De forma não muito diferente, os ministros do STF que votaram a favor da execução provisória da pena se utilizaram de argumentos dogmáticos, em sua maioria inspirados numa espécie de interpretação sistemática do art. 5º, LVII, da CF/88 com o restante do ordenamento jurídico¹²⁷. A *ratio decidendi*¹²⁸, embora difícil de determinar, que se pode extrair do julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44 é a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário e do recurso especial, que não se prestam à reavaliação fático-

formulação está ligada, real ou historicamente, à pessoa do soberano ou a qualquer dos titulares do poder estatal; o princípio guia do segundo é, ao invés, a subordinação dos fins políticos ao emprego dos meios juridicamente prestáveis, isto é, não abertos ou indeterminados, mas vinculados pela lei. Desta forma, enquanto para a teoria da *razão de Estado* o Estado é um *fin*, não fundado a não ser em si mesmo e, por sua vez, fundamento dos meios jurídicos, os quais restam indiferentes, flexíveis, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio, para o *Estado de direito*, a partir de Locke em diante, o Estado é um *meio*, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos ‘fundamentais’ dos cidadãos e a está vinculado pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas e fundadas. [...]”. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 654.

¹²⁷ A justificativa da execução provisória da pena com base na interpretação sistemática do texto constitucional não é exclusividade retórica do STF. Anteriormente ao próprio voto proferido no HC nº 126.292/SP, quando em vigor o entendimento de não ser possível a execução provisória da pena, parte da doutrina já defendia o contrário, militando pelo acoplamento da execução com base na operacionalidade do sistema. Assim, por exemplo Douglas Fischer, para quem os pressupostos de liberdade do garantismo não podem levar à “total inoperância do sistema, notadamente o criminal constitucional”, aduzindo ser cabível a execução provisória da pena, diante da formatação constitucional dos recursos de natureza extraordinária. Cf. FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência dos recursos especial e extraordinários**: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Disponível em: <www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=49>. Acesso em 01/10/2017. Também é a opinião de Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim e Afrânio Silva Jardim, para os quais se devem abandonar “posturas contraditórias e atéticas, buscando-se uma solução racional para o funcionamento do sistema, com a legislação que está em vigor”. Cf. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho e JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Estudos e pareceres. 12 ed. São Paulo: Lumem Juris, 2013, p. 454.

¹²⁸ A expressão *ratio decidendi* tem origem no *common law* e é normalmente utilizada para designar a essência ou a razão de uma decisão judicial; a norma que pode ser extraída de um julgado (precedente) para servir a casos futuros de mesmo teor. Diferencia-se do *obiter dictum*, os argumentos utilizados como instrumento retórico de reforço da decisão judicial, mas que não lhe compõem a essência. A despeito da fácil divisão conceitual entre os argumentos, nem sempre é fácil, na prática, identificá-los e separá-los, motivo pelo qual o sistema e *common law* é repleto de teorias que visam a auxiliar na identificação da *ratio decidendi*. Cf. LÜCKE, H. K. *Ratio decidendi: adjudicative rationale and source of law*. **Bond Law Review**. Vol. 1, 1989, Queensland, p. 36-51.

probatória, motivo pelo qual o art. 637 do CPP¹²⁹ estabelece a baixa dos autos à primeira instância, uma vez interposto o recurso de natureza extraordinária, para a imediata execução da sentença.

O ministro relator do HC nº 126.292/SP, por exemplo, asseverou estar o juízo de culpabilidade do fato atrelado intimamente à condenação: uma vez ocorrida a condenação criminal em primeira instância, já se poderia aduzir um juízo de culpabilidade em face do acusado. Contudo, a condenação em primeira instância não seria o momento apropriado para presumir de vez a culpabilidade, tendo em vista a possibilidade de reforma do édito condenatório pelo Tribunal. Nesse momento, sim, após o julgamento da apelação, confirmada a condenação da primeira instância, haveria o exaurimento do exame fático-probatório. A presunção de inocência, atrelada que estaria à distribuição do ônus da prova, não mais subsistiria diante do juízo de apelação, uma vez confirmadas as provas do cometimento do crime, considerando a ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária, bem como a impossibilidade de reavaliação de provas em sede de seu julgamento.¹³⁰ Ainda, assentou o ministro:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.¹³¹

Também no julgamento do HC 126.292/SP, o ministro Edson Fachin utilizou-se de argumento assemelhado, ao ressaltar que, pelo desenho constitucional dado ao sistema recursal brasileiro (arts. 102 e 105 da CF/88), as Cortes superiores não se prestam à análise de fatos ou provas, nem à reforma do que foi decidido em segunda instância; mas a funcionar como cortes de integração, responsáveis pela uniformidade da interpretação das normas constitucionais e das leis federais. Para o ministro, aceitar a tese de que a execução da pena apenas se iniciaria após o pronunciamento das cortes superiores, além de possibilitar ao

¹²⁹ “Art. 637. 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.”

¹³⁰ STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 6-7 do voto do Ministro Relator.

¹³¹ Ibid., p. 8.

acusado protelar a seu bel-prazer o início da execução da pena, seria concluir que a CF/88 erigiu uma eterna desconfiança da análise feita pelas instâncias extraordinárias.¹³²

Já no julgamento das ADCs nºs 43 e 44, Fachin ressaltou não haver colisão entre o art. 283 do CPP, que regula as prisões processuais penais, e a CF/88, bem como o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90¹³³, que estabelecia a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, diploma atualmente revogado pelos arts. 995¹³⁴ e 1.029, § 5º¹³⁵, do CPC/15, tratantes da mesma matéria. Para o ministro, caso adotada a tese de que o art. 283 do CPP teria revogado o art. 27, §2º, da Lei 8.038/90, poder-se-ia concluir ter aquele dispositivo também sido revogado pelos arts. 995 e 1.029 do CPC/15.¹³⁶

Já o ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC nº 126.292/SP, assentou haver três razões de ordem jurídica para permitir a execução provisória da pena sintetizadas na dependência da consolidação da culpa (e não do cumprimento da prisão) ao trânsito em julgado; na possibilidade de flexibilizar a presunção de inocência, por ser princípio; e na necessidade de impor a pena, por ser medida de ordem pública.¹³⁷ Já no voto proferido no julgamento das ADCs nºs 43 e 44, o ministro dá mais ênfase ao argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária, aduzindo que o art. 637 do CPP regula modalidade prisional já existente e incrementando em sua decisão a ideia de execução provisória da pena como exigência de ordem pública, como se percebe da sua ementa seguir:

¹³² STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 4-6 do voto do Ministro Edson Fachin.

¹³³“Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.” “[...] § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.”

¹³⁴“Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.”

¹³⁵ “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.” [...] “§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.”

¹³⁶ STF, ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, p. 10-11 do voto do Ministro Edson Fachin.

¹³⁷ Melhor detalhando, tais foram as razões: a) o art. 5º, LVII, da CF/88 condiciona ao trânsito em julgado a formação definitiva do juízo de culpabilidade que pesa sobre o acusado, e não a aplicação da medida prisional, por sua vez referida pelo inciso LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, motivo pelo qual a presunção de inocência não impediria outras medidas prisionais, mormente as de caráter cautelar; b) por ser princípio, a presunção de inocência, quando submetida a um processo de ponderação de valores, cederia em favor da efetividade jurisdicional, a fim de evitar a proteção insuficiente dos bens jurídicos; e c) a partir da condenação em segunda instância, ainda que na pendência de julgamento de recurso extraordinário ou especial, a imediata execução da pena constitui garantia de ordem pública, tendo em vista a possibilidade de o acusado tentar protelar o início da execução penal por meio de recursos sucessivos. STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 9-22 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR. [...] 2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal. 3. Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas. [...] ¹³⁸

O ministro Luiz Fux complementou, no julgamento do HC nº 126.292/SP, os votos dos ministros anteriores, aduzindo ser razoável existir um “trânsito em julgado” da matéria fático-probatória, após a decisão de segunda instância, havendo, pois, uma imutabilidade dos efeitos da decisão quanto às questões de fato.¹³⁹ Nesse sentido, afirmou que se aplica igualmente ao processo penal o entendimento já fixado no STF sobre o trânsito em julgado de capítulos da decisão:

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.¹⁴⁰

Por outro lado, a ministra Cármen Lúcia não adentrou, quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, na discussão acerca ausência de efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário, limitando-se a lançar, de forma resumida, o argumento por ela tomado no

¹³⁸ STF, ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Pleno, por maioria, julgamento em 01/10/2016, p. 1-2 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

¹³⁹ STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 1-2 do voto do Ministro Luiz Fux.

¹⁴⁰ Ibid., p. 2.

posicionamento anterior da Corte sobre o alcance e a interpretação da garantia estabelecida no art. 5º, LVII, da CF/88. Para a ministra, o referido dispositivo condiciona a formação a culpabilidade, e não da condenação, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que a imutabilidade da decisão seria requisito apenas para a produção de efeitos para além do direito penal, alcançando as esferas cível e administrativa, ao passo em que a execução da pena dependeria apenas do juízo condenatório de segunda instância.¹⁴¹

O voto dos ministros acima apontados tomou por base uma dogmática pretensamente neutra que justificaria, por dispositivos já vigentes no ordenamento jurídico, a execução provisória da pena privativa de liberdade. Com isso, por 7 votos a 4, no caso do HC nº 126.292/SP, e por 6 votos a 5, no caso das ADCs nºs 43 e 44, o STF alterou o entendimento consagrado na Corte desde o HC nº 84.078¹⁴², da relatoria do ministro Eros Grau, em cujo julgamento se entendeu ser inconstitucional a execução provisória da pena, de modo que a

¹⁴¹ STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 1 do voto da Ministra Carmem Lúcia.

¹⁴² O julgado restou notavelmente assim ementado pelo relator, Ministro Eros Grau: “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 subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a 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.”

aplicação de qualquer medida prisional antes do trânsito em julgado da sentença deveria assumir caráter de cautelaridade.

Mas ao utilizar como *ratio decidendi* a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, muitos ministros acabaram desconsiderando outros dispositivos igualmente vigentes e questões processuais penais que, *a priori*, também exigiriam o trânsito em julgado da decisão para fins de execução penal, causando, assim, uma grande celeuma na comunidade jurídica quanto ao assunto.

Percebe-se, por exemplo não terem os ministros tomado como razão de decidir a delimitação conceitual do termo “trânsito em julgado”, aduzido no referido dispositivo constitucional. Ao contrário, como se percebe do excerto do voto do ministro Luiz Fux mais acima, alguns ministros tomaram como pressuposto, sem maiores discussões, o fato de referir-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória à preclusão da matéria probatória, o que, evidentemente, não se confunde com o fenômeno do trânsito em julgado, pela simples possibilidade de reversão do que foi decidido. E aqui cabe ressaltar que talvez as duas decisões proferidas pelo STF teriam sido mais frutíferas se fosse analisado o conceito de trânsito em julgado referido no art. 5º, LVII, da CF/88, seja como sinônimo do referido no art. 112, I, do CP¹⁴³, seja como imutabilidade da decisão para ambas as partes¹⁴⁴.

Outro ponto também não discutido no julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44 foi sobre a existência de efeito suspensivo quanto ao início da execução da pena. Levando em conta a redação literal do art. 5º, LVII, da CF/88 poder-se-ia indagar sobre se existe, de fato, efeito suspensivo ou se ele é automático para a sentença penal condenatória. Afinal de contas, se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da mesma, qualquer medida a título de culpa ficaria suspensa até o não cabimento final de recursos. Não

¹⁴³ Dispõe o referido dispositivo: “Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”. Eventual discussão empreendida pelo STF quanto a tal ponto poderia ter sido interessante na medida em que também se analisaria a problemática da prescrição executória, apontada pelos ministros como um dos fenômenos que auxiliam na impunidade. Dessa forma, ou se poderia interpretar o trânsito em julgado do art. 5º, LVII, da CF/88 como sinônimo do tratado pelo art. 112, I, do CP, ou seja, apenas o ocorrente para a acusação, ou, ao contrário, interpretar-se-ia esse último dispositivo em consonância com o texto constitucional, para só iniciar a contagem do prazo prescricional com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes. Nesse último sentido é a opinião de SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O trânsito em julgado para a acusação como marco inicial da prescrição da pretensão executória e a impossibilidade de execução provisória da pena: prescrição sem inércia? **Revista Omnes**. ANPR. vol. 1, nº 1, 2012, p. 82-123. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/revistaomnes/wp-content/uploads/2013/10/4-transito-em-julgado-OMNES-ANPR.pdf>>. Acesso em 16/07/2017.

¹⁴⁴ Tal é a lição de Aury Lopes Júnior: “E o caráter ‘extraordinário’ dos recursos especial e extraordinário? Em nada afeta, porque o caráter ‘extraordinário’ desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o ‘tratamento de culpado’. A essa altura, não preciso aqui explicar o que seja trânsito em julgado, coisa julgada formal e material, mas é comezinho e indiscutível que não se produz na pendência de (qualquer) recurso...”. Cf. JÚNIOR, Aury Lopes. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#_edn3>. Acesso em 16/07/2017.

se poderia falar em efeito suspensivo atribuído a tal ou qual espécie de recurso, mas uma suspensão automática, conferida pela própria CF/88, dos efeitos da sentença condenatória, quanto às medidas baseadas na culpabilidade do agente. No mesmo sentido, é a opinião de Paulo Rangel, que, tecendo comentários sobre o revogado art. 594 do CPP, assevera:

[...] Note-se que, independentemente da interposição de recurso, a sentença nasce morta, ou seja, não tem eficácia, não tem aptidão para, desde já, produzir seus regulares efeitos descritos no art. 393, *caput*. Portanto, podemos asseverar que não é o recurso que possui efeito suspensivo, e sim a sentença que, uma vez prolatada, não produz seus regulares efeitos. Dada a sentença, o réu continua em liberdade até o trânsito em julgado da mesma, com a preclusão do prazo recursal ou o improvimento de seu recurso, transitando em julgado, agora, o acórdão. A partir daí, sim, haverá execução do julgado.¹⁴⁵

Poucos também foram os ministros que levaram em consideração na sua *ratio decidendi* a existência de outros dispositivos no direito brasileiro que, amoldando-se ao postulado estabelecido no art. 5º, LVII, da CF/88, também exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a produção de seus efeitos.

É o caso do art. 105 da Lei 7.2010/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), segundo o qual, transitando em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição da guia de recolhimento para a execução.¹⁴⁶ Em que pese aplicar-se a LEP tanto a presos provisórios quanto aos definitivos, como se extrai de seu art. 2º, parágrafo único,¹⁴⁷ uma análise superficial, mas não necessariamente descartável, permitiria concluir que os presos provisórios a que se refere o dispositivo são aqueles sobre os quais recaem prisões de caráter cautelar, considerando que o art. 84, § 1º, do diploma, após tratar da necessária separação entre os provisórios e os definitivos, relaciona o conceito de “presos provisórios” com “acusados” e não, “condenados”¹⁴⁸. Se, para a literalidade dos dispositivos referidos, presos provisórios são

¹⁴⁵RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual., de acordo com a EC 42/04 e a Lei de Falência nº 11.101/05. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005, p. 654.

¹⁴⁶A LEP também exige, para fins de expedição da guia de recolhimento, que integre o seu conteúdo a certidão do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como se percebe de se art. 106, III: “Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: [...] III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; [...]”. Nesse sentido, Tucii (Op. cit., p. 282-283) aduz pela impossibilidade da execução provisória da pena, haja vista o conjunto de dispositivos contidos na LEP (arts. 105, 107, 171 e 172) que exigem a presença do pressuposto jurídico do trânsito em julgado.

¹⁴⁷“Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.”

¹⁴⁸“Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.”

ainda acusados, e não condenados, não há de se falar em regramento da execução provisória da pena pela LEP. Isso, aliás, poderia se amoldar perfeitamente ao teor da Súmula nº 716 do STF¹⁴⁹, que admite a progressão de regime ou a aplicação de regime menos gravoso ao preso provisório, considerando que esse é titular dos mesmos direitos dos presos definitivos¹⁵⁰.

Os ministros também não enfrentaram a problemática dos efeitos a condenação para além da execução provisória da pena. Os arts. 91 e 92 do CP¹⁵¹ estabelecem quais os efeitos da sentença penal condenatória, sejam eles genéricos e automáticos, sejam eles específicos e necessariamente motivados. Contudo, sua efetivação depende especificamente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se adotada a tese do STF de que a CF/88, em seu art. 5º, LVII, não trata da suspensão da prisão pena até o trânsito em julgado da decisão condenatória, recair-se-ia em um contrassenso lógico: para medidas menores (*minus*), como a indenização cível ou a perda do cargo público, seria necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; mas para a aplicação de prisão pena, medida decerto maior e mais gravosa (*majus*), far-se-ia necessária apenas a condenação em segunda instância. Um evidente contrassenso não enfrentado por aqueles ministros.

Várias outras questões não foram determinadas pelo STF quando do julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44, deixando em dúvida a comunidade jurídica sobre o alcance da *ratio decidendi* em questão. Por exemplo, não ficou delimitado se seria necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para fins de execução de pena restritiva de direitos¹⁵², nem se seria possível determinar o início da execução da pena

¹⁴⁹ Súmula nº 716 do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

¹⁵⁰ Da mesma opinião partilha Rogério Lauria Tucci (Op. cit., p. 285), que opina pela impossibilidade da execução provisória da pena, mas aduz ser cabível, com base no art. 2º da LEP, a aplicação dos benefícios da execução penal aos presos provisórios, isto é, cautelares. Contudo, há de se ressaltar o entendimento de Pierre Souto Maior da Silva Amorim e Afrânio da Silva Jardim (op. cit., p. 447), segundo os quais, a fim de contornar o problema gerado pelo julgamento do HC nº 84.078/MG, criou-se “curiosa (e esdrúxula) construção jurisprudencial (seguida pela doutrina)”. Para os autores, não se pode pensar na extensão dos benefícios da execução penal aos presos cautelares se, com base no entendimento anterior proferido pelo STF, não caberia falar em execução provisória da pena.

¹⁵¹ “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

¹⁵² A Quinta Turma do STJ já enfrentou a questão, no julgamento do AResp 998641, ocasião em que decidiu não poderem as penas restritivas de direito ser provisoriamente executadas, ao argumento a vigência do art. 147 da LEP, que exige o trânsito em julgado. Cf. **Para Quinta Turma, pena restritiva de direitos não admite execução provisória**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Para-Quinta-Turma,-pena-restritiva-de-direitos-n%C3%A3o-admite-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria>. Acesso em 16/07/2017.

privativa de liberdade quando pendente o julgamento de embargos de declaração (também desprovidos de efeito suspensivo) em segunda instância¹⁵³, ou se a execução provisória da pena seria medida obrigatória (operando-se como, de fato, uma pena) ou facultativa (aproximando-se, estranhamente, de uma prisão cautelar)¹⁵⁴. A adoção de uma dogmática calcada na ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária, em que pese bem elaborada, causou e ainda causa uma séria confusão na comunidade jurídica, há muito assentada na ideia de consolidação da culpabilidade (e não apenas da prisão pena) com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁵⁵

¹⁵³ A Sexta Turma, também do STJ, já teve a oportunidade de se manifestar sobre isso, assentando não ser automática a execução provisória da pena quando pendente o julgamento de embargos de declaração. Cf. **Execução de pena após condenação em segunda instância não é automática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-27/execucao-pena-condenacao-instancia-nao-automatica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 16/07/2017.

¹⁵⁴ Assim se pronunciou o ministro Gilmar Mendes, no ano de 2017, sobre a questão: “Dissemos que, em segunda instância, é possível já autorizar a prisão. Não dissemos que se torna obrigatória, e acho que está havendo certa confusão em torno disso”. Assentou, ainda, que estuda rever a posição tomada pelo ministro Dias Toffoli, para quem a execução a pena já se operaria a partir do julgamento do recurso especial, momento no qual não apenas as questões fáticas estariam comprovadas, mas confirmada a matéria de direito. Para além disso, o acusado deveria demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário, o que já extrapola os limites da análise da culpabilidade. Cf. **Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em 16/07/2017.

¹⁵⁵ Mesmo à época do entendimento anterior adotado pelo STF, já havia certa confusão sobre a adoção ou não, no ordenamento jurídico brasileiro, da figura da execução provisória da pena. Em 2010, por exemplo, foi editada a Resolução nº 113 do CNJ, que regula, em seu art. 8º, a expedição de guias de recolhimento provisório, nos seguintes termos: “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.” Também quanto às Súmulas nºs 716 (Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.) e 717 (Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.) do STF, ambas aprovadas no ano de 2003, questionou-se se teriam continuado vigentes após a mudança de entendimento daquela Corte em 2009. Todas essas informações permitem concluir que, assim como atualmente, nunca houve uma definição segura sobre se seria ou não admissível a execução provisória da pena privativa de liberdade no Brasil.

CONCLUSÃO: UMA SOLUÇÃO E VÁRIOS PROBLEMAS

O julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44 foi realizado sem que os ministros que votaram a favor da execução provisória da pena se debruçassem seriamente sobre a evolução histórica da presunção de inocência e suas consequências jurídico-penais com base num texto constitucional que exige o trânsito em julgado para a consideração da culpa. Esse trabalho pretendeu dar um pouco mais de seriedade à análise dos referidos julgamentos, demonstrando primeiro a natureza de regra jurídica da presunção de inocência, afastando-a de uma relação de sinonímia com as presunções de fato. Após, foram vistas as principais características da presunção de inocência, bem como sua dupla faceta, de regra probatória e de regra de tratamento. Viu-se também a necessidade de se entender, atualmente, a presunção de inocência como sinônima da não culpabilidade, principalmente quando se considera sua adoção em um período pós-ditatorial no País.

Também foi demonstrado ter o caminho da presunção de inocência na história jurídico-penal italiana sido árduo. Primeiro, em negação ao passado inquisitivo, tendo sido haurida à condição de postulado político pelos clássicos; depois, com seu valor mitigado pelos positivistas, em nome da ideia atávica de crime e de criminoso; e por fim, dando lugar à regra técnico-jurídica da não culpabilidade, abrindo espaço para o autoritarismo do regime fascista. No Brasil, a presunção de inocência só veio a ser estabelecida expressamente no art. 5º, LVII, da CF/88, sob a fórmula da não culpabilidade. E, em que pese a relação de sinonímia entre as duas fórmulas, como assentado por boa parte da doutrina, a presunção de inocência foi mitigada pela maioria do STF no julgamento do HC nº 126.292/SP e das ADCs nºs 43 e 44, com base em argumentos assemelhados aos dos criadores da não culpabilidade.

Pelos fundamentos utilizados nos votos dos ministros, demonstrou-se, por fim, que a execução provisória da pena foi vista como uma solução: uma solução para o problema da interposição sucessiva de recursos nas Cortes superiores; para a questão da impunidade operada pelo fenômeno da prescrição executória; e para a própria integração do ordenamento jurídico, que se viu diante da necessidade de harmonizar a presunção de inocência com a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial.

Entretanto, mesmo tendo sido vista a execução provisória da pena como solução para tais problemas, não se percebeu o quanto cada um dos fundamentos levantados para justificar sua admissão padece de certa fragilidade quanto à sua adequação com a presunção de inocência. Ao admitir a possibilidade de se executar provisoriamente a pena com base em dados sobre a quantidade de recursos de natureza extraordinária em matéria criminal

providos, os ministros deixaram de lado a importância da escolha política da presunção de inocência. Ao justificar a execução da pena antes do trânsito em julgado como medida de ordem social, acabaram levantando fundamentos do direito penal de inimigo, do processo penal eficiente, sob os auspícios de um emergencialismo penal. Por fim, ao flexibilizar o rigor do trânsito em julgado com base na ausência de efeito suspensivo do RE e do REsp, o STF ignorou a existência de muitos outros dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, calcados na ideia de formação da culpa apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, provocando, ainda hoje, grande insegurança e uma série de discussões sobre a estabilidade do entendimento fixado na Corte, como evidenciado pela declaração do Ministro Gilmar Mendes, dada em 26 de maio de 2017, sobre a possibilidade de rever a execução provisória da pena para adaptá-la ao entendimento do Ministro Dias Toffoli.¹⁵⁶

Por conta disso, várias perguntas ainda poderiam ser feitas sobre o tema: o problema da interposição sucessiva de recursos se daria por conta da presunção de inocência, nos termos abordados na CF/88, ou por conta de um irracional e agigantado sistema recursal, como o existente no País? Ainda, será que a execução provisória da pena vai garantir o ganho de credibilidade por parte do Judiciário ou apenas poderá incrementar a criminalidade com o aumento, ainda que ínfimo, mas não desprezível, da população carcerária brasileira? Por fim, a execução provisória da pena promove uma maior integração do sistema ou apenas o complica, ao inverter toda a lógica da culpabilidade existente no direito brasileiro?

São questões para as quais seria necessário outro trabalho. Por ora, registre-se: a execução provisória da pena é apenas uma solução bem simples, para vários problemas bem complexos.

¹⁵⁶ Cf. nota 154. A falta de estabilidade do STF, demonstrada não apenas pela mudança de entendimento por duas vezes (uma em 2009 e outra em 2016) sobre a admissibilidade da execução provisória da pena, mas também pela simples declaração de um de seus ministros sobre a possibilidade de revisitar a questão, apenas atesta a falta de compromisso e seriedade de alguns integrantes daquela Corte para com a evolução histórica e a estrutura da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci. D. Poleti. 1. ed. São Paulo: Boitempo (estado de sítio), 2004.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho e JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Estudos e pareceres. 12 ed. São Paulo: Lumem Juris, 2013.

BARBAGALO, Fernando Brandidni. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BECHARA, Ana Luísa Liberatore Silva. Discursos de Emergência e Política Criminal: o futuro do direito penal brasileiro, p. 422. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 103, jan./dez., 2008, São Paulo.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução brasileira e notas do professor Paulo José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BLOOM, Paul. **A desumanização das estatísticas**. Projeto Fronteiras do Pensamento. 3 minutos e 51 segundos. Disponível em: <http://www.fronteiras.com/videos/a-desumanizacao-das-estatisticas>>.

Criamos um país repleto de ricos delinquentes, diz Ministro Barroso. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-nov-14/criamos-pais-repleto-ricos-delinquentes-barroso?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook.

ESPANHA. **Constitución de España**. Disponível em: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1c2s1>>.

Execução de pena após condenação em segunda instância não é automática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-27/execucao-pena-condenacao-instancia-nao-automatica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. Século XXI. O minidicionário da língua portuguesa, 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Nova Fronteira, 2000.

FERRI, Enrico. **The positive school of criminology**: three lectures given at the University of Naples, Italy, on April 22, 23 and 24, 1901. Translated by Ernest Uterman (ebook). Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1908.

FIGUEIREDO, Cândido. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1913. Disponível em: <<http://www.dicionario-aberto.net/dict.pdf>>.

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

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 9ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência dos recursos especial e extraordinários**: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Disponível em: <www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=49>.

Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução provisória da pena. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. Conforme a Constituição Federal e Convenção Americana sobre Direitos Humanos: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O tecnicismo jurídico e sua contribuição ao direito penal. **Revista Liberdades**. São Paulo, Nº 15. Janeiro/abril de 2014, p. 178-191.

HARTMAN, Ivar A. et al. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - um estudo empírico quantitativo**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>>.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#_edn3>.

Larousse Cultural. Dicionário da Língua Portuguesa. In: **Grande enciclopédia Larousse Cultural**, São Paulo: Nova Cultural, 1992.

LEYVA, Raymundo Gama. Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental. **Revista de Estudios de la Justicia**, Ciudad de México, nº 19, 2013, p. 65-89.

LÜCKE, H. K. Ratio decidendi: adjudicative rationale and source of law. **Bond Law Review**. Vol. 1, 1989, Queensland, p. 36-51.

MACAGNO, Fabrizio e WALTON, Douglas. Presumptions in legal argumentation. **Ratio Juris**, Wiley Online Library, Vol. 25, nº 3, p. 271-300, Sept., 2012.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

Moro elogia decisão do STF: “Essa janela da impunidade foi fechada. Disponível em: <<http://folhanobre.com.br/2016/02/18/moro-elogia-decisao-do-stf-essa-janela-de-impunidade-foi-fechada/21167>>.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5ª ed. rev., at. e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1988-1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Para Quinta Turma, pena restritiva de direitos não admite execução provisória. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Para-Quinta-Turma,-pena-restritiva-de-direitos-n%C3%A3o-admite-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria>.

PRADO, Geraldo. CASARA, R.R. Rubens. **Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica**. Discursos Sediciosos. v. 17. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PRAKKEEN, Henry e SARTOR, Giovanni. Presumptions and Burdens of Proof. **EUI Working Papers**. San Domenico di Fiesoli, nº 36, p. 1-9, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual., de acordo com a EC 42/04 e a Lei de Falência nº 11.101/05. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005.

REPÚBLICA DA COLÔMBIA. **Constituição de Colombia**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>.

REPÚBLICA DA FRANÇA. **Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>.

REPÚBLICA DA ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/costituzione-italiana/principi-fondamentali/2839>>.

REPÚBLICA DE PORTUGAL. **Constituição da República de Portugal de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat Mores (livro eletrônico).

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Artigo publicado para o Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>.

SHECAIRA. Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências do sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2005.

SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O trânsito em julgado para a acusação como marco inicial da prescrição da pretensão executória e a impossibilidade de execução provisória da pena: prescrição sem inércia? **Revista Omnes**. ANPR. vol. 1, nº 1, 2012, p. 82-123. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/revistaomnes/wp-content/uploads/2013/10/4-transito-em-julgado-OMNES-ANPR.pdf>>.

STRECK, Lênio Luís. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>.

STRECK, Lênio Luís. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>.

TORRES, Demóstenes. **Parecer sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 111/2008**. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=55385>.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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