

Raphael Auger

**A Incompatibilidade Entre a Presunção de Inocência e Execução
Antecipada da Pena no Direito Brasileiro: uma análise à luz da
Constituição da República**

Recife

03/05/2018

Raphael Auger

A Incompatibilidade Entre a Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena no Direito Brasileiro: uma análise à luz da Constituição da República

Trabalho monográfico de conclusão de curso sobre a incompatibilidade entre princípio da presunção de inocência e a execução antecipada da sentença penal condenatória, apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco

Centro de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito do Recife

Graduação em Direito

Orientador: Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Recife

03/05/2018

*Humildemente dedico este trabalho à todos que se
mantém firmes na defesa dos direitos individuais,
na contra-maré das agitações políticas*

*In opposition to the foolish [ignoramus et] ignorabimus
our slogan shall be: Wir müssen wissen — wir werden wissen.*

We must know. We will know.

David Hilbert (Discurso para a Gesellschaft der Deutschen Naturforscher und Ärzte,
8 de Setembro de 1930)

Resumo

Este trabalho busca analisar conceitos como presunção de inocência e trânsito em julgado, bem como sua situação contemporânea na prática forense e jurisprudência nacional. Os motivos que levam a este debate são diversos, mas em especial consideramos marco inicial a reviravolta de entendimento operada no julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Serão abordados os conceitos considerados mais importantes para o deslinde da discussão instaurada. Inicia-se com breve análise histórica do princípio da presunção de inocência, buscando ressaltar os momentos mais importantes de sua evolução e as situações em que foi mais ou menos utilizado ao passar do tempo. Passada a construção histórica, se tentará então construir um fundamento técnico sobre o qual poderemos assumir seu conteúdo, utilizando construções da doutrina e jurisprudência internacional e nacional. Buscaremos igualmente tecer considerações quanto aos institutos recursais do processo penal, principalmente trânsito em julgado e efeito dos recursos extraordinários, pois estes conceitos parecem ser amplamente utilizados no debate da possibilidade da antecipação da pena. Por fim, munidos da construção do conteúdo da presunção de inocência e dos significados dos recursos processuais, empreenderemos uma análise crítica da possibilidade de antecipação da pena de sentença penal condenatória diante do panorama jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal - presunção de inocência - trânsito em julgado - execução antecipada da pena.

Abstract

This paper seeks to analyze concepts such as presumption of innocence and res judicata, as well as its contemporary situation in forensic practice and national jurisprudence. The reasons that lead to this debate are diverse, but in particular we consider as the initial milestone the turnaround of understanding operated in the judgment of the Habeas Corpus 126.292 by the Federal Supreme Court. Will be addressed the concepts considered most important for the delineation of the discussion . This paper begins with a brief historical analysis of the presumption of innocence, seeking to highlight the most important moments of its evolution and the situations in which it was used more or less over time. After the historical construction, we will try to build a technical foundation on which we can assume its content, using constructions of doctrine and jurisprudence both international and national. We will also try to make considerations regarding the penal institutions, especially those of res judicata and effects of extraordinary appeals, since these concepts seem to be widely used in the debate on the possibility of anticipating the criminal sentence. Finally, provided with the construction of the content of the presumption of innocence and the meanings of the procedural remedies, we will undertake a critical analysis of the possibility of anticipating a conviction in the Brazilian legal panorama.

Keywords: Criminal procedure - presumption of innocence - res judicata - anticipation of the execution of a conviction.

Lista de abreviaturas e siglas

Art.	Artigo
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AgInt no AREsp	Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
DDHC	<i>Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen</i> , Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão
DJe	Diário de Justiça eletrônico
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i>
LEP	Lei de Execução Penal
Min.	Ministro
p.	Página(s)
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator(a)
REsp	Recurso Especial
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante

Sumário

1	Introdução: Um velho novo debate	8
2	A Presunção De Inocência como Norma Constitucional	9
2.1	Desenvolvimento histórico do princípio da presunção de inocência	9
2.2	Fundamentos e conteúdo da presunção de inocência como princípio jurídico. . .	12
2.2.1	Suporte fático do princípio da presunção de inocência	13
2.2.2	Conteúdo essencial da presunção de inocência	13
2.2.3	<i>In dubio pro reo e favor rei</i>	15
2.2.4	Presunção de inocência como princípio jurídico contrafactual	16
2.3	Presunção de inocência como direito fundamental inscrito na Constituição Federal de 1988	17
2.3.1	O Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 88	18
3	Recursos penais e execução da pena. As consequências das decisões judiciais pragmáticas sobre a execução da pena	20
3.1	Coisa julgada e trânsito em julgado	20
3.1.1	Trânsito em julgado	20
3.1.2	Coisa julgada formal e material	21
3.2	Efeito devolutivo e suspensivo dos recursos processuais penais	22
3.3	Peculiaridades dos recursos extraordinário e especial	23
3.4	Execução provisória e o HC 84.078/MG	24
3.4.1	Alterações legislativas após o HC 84.078 para compatibilização do sistema processual com a constituição e jurisprudência	26
4	Harmonização constitucional do sistema de execução penal	29
4.1	Nova problemática do sistema processual penal após o HC 126.292/SP	29
4.2	O art. 283 do CPP e o inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal	31
4.3	Culpabilidade fática e culpabilidade normativa: conceitos jurídicos na necessária contramão dos apelos punitivistas da sociedade	33
4.4	Momento de definição constitucional da culpa no direito brasileiro como marco eficiente para início da execução da pena	34
5	Conclusão: Relembrar aos fundamentos do debate para solução da problemática	36
	Referências	38

1 Introdução: Um velho novo debate

O julgamento do HC 126.292/SP pelo STF em 17/02/2016, trouxe uma mudança de posicionamento da Suprema Corte, retomando o entendimento anterior a 2009, que, quando do julgamento do HC 84.078/MG, decidiu pela impossibilidade da execução antecipada da pena após o julgamento de segundo grau.

Assim, retomou-se o entendimento de que é possível a execução antecipada da pena após o julgamento de segundo grau que confirme sentença penal condenatória, com diversas repercussões acadêmicas, doutrinárias, políticas, e forenses.

A presunção de inocência atua em favor do acusado em processo penal, evitando tratamentos desbalanceados por parte do Estado, tendo em vista que esse é o detentor autointitulado do “monopólio da violência”, bem como aquele que tomou para si o dever de julgar as situações em que ocorreram delitos.

Nada mais justo do que exigir do Estado-juiz tratamento íntegro, respeitador de direitos e garantias do indivíduo como cidadão e como ser humano.

Uma rápida leitura do HC permite perceber de logo que diversos conceitos doutrinários foram utilizados pelos Ministros do STF, eis que os votos não se limitaram somente a questões processuais penais, mas também do direito constitucional, internacional público, da teoria geral do processo, da criminalística e política criminal, bem como da hermenêutica jurídica.

Pelas amplas e diversas repercussões dessa decisão, pela sua atualidade e abrangência de seus temas principais, percebe-se que se faz necessária uma re-análise do que seria a presunção de inocência, como funcionam os recursos extraordinários e como poderíamos adequar estes dois assuntos.

Assim, iniciaremos o presente trabalho com uma análise da presunção de inocência, retomando conceitos e lembrando a sua história. Igualmente procederemos com os conceitos pertinentes em matéria de recursos processuais penais, em especial os recursos extraordinários e os efeitos dos julgamentos posteriores ao primeiro grau de jurisdição.

Por óbvio, o escopo deste trabalho não é ser definitivamente conclusivo, nem dar a palavra final sobre tema tão importante, mas, por fim, buscaremos tecer considerações à guisa de conclusões que visem possibilitar uma harmonização entre o que se pretende através das punições dos delitos e como estas devem ser operadas de modo a se respeitar a liberdade individual e as garantias constitucionais de toda pessoa. Esperamos que este trabalho possa contribuir para o debate iniciado em 2016 e que até a presente data se mostra renovado dia após dia.

2 A Presunção De Inocência como Norma Constitucional

O estudo das origens, bases e fundamentos do princípio da presunção de inocência são imperiosos para o desenvolvimento do presente trabalho. Como será demonstrado, o princípio esteve muito próximo do debate criminológico e processual, além de ser diretamente atingido em casos fortuitos da história, quando a perseguição e punição do “inimigo” se tornam bases da política do Estado, momentos em que o debate abandona um grau técnico para assumir feições obscuras, inexatas e demagógicas.

Portanto, deve-se iniciar a análise do princípio da presunção de inocência a partir de sua construção histórica, compreendendo as situações em que foi evoluindo ao passar do tempo, para então se construir um fundamento técnico sobre o qual poderemos assumir seu conteúdo.

2.1 Desenvolvimento histórico do princípio da presunção de inocência

A doutrina especializada aponta a idade antiga como marco de origem da presunção de inocência, a saber, no período régio de Roma antiga (TUCCI, 1976).

Em Roma se estruturaram os modelos inquisitivo e acusatório do processo penal, e neles o início do ideal de humanização dos procedimentos, na república e no império. No entanto, a presunção de inocência surge nas entrelinhas das regras processuais, limitando o poder dos magistrados da época, especialmente no baixo império, através da edição de normas para fundamentação de decisões, e preceitos para se julgar em favor do réu ou da sua liberdade, que passam a coexistir com regras de tortura para obtenção da “verdade” e a presunção de culpa dos acusados (MORAES, 2010).

No entanto, a estruturação do direito processual romano era voltado à presunção de culpa do acusado e nele se observa o germe do direito penal do inimigo, o que leva Zanoide de Moraes (2010) a afirmar que no direito romano não havia presunção de inocência, pela impossibilidade de compatibilizar tal princípio com a constante presunção de culpa e a construção do que viria a ser o direito penal do inimigo. No entanto, é fato que a gênese da presunção de inocência pode ser traçada até o Direito Romano.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, no século V, ocorreu a formação de diversos reinos bárbaros, que, diante da dificuldade de administrar a lei e a ordem, descentralizaram seu poder, transferindo-o à poderes locais. Essa situação trouxe à tona o feudalismo e seu sistema de justiça, controlado por cavaleiros, duques, barões, e baseado no direito germânico, em que se presumia a culpa do acusado e se privilegiavam os estratos superiores da sociedade (NEWMAN, 2014).

Nesse sistema legal, o acusado deveria provar sua inocência: um modo, por exemplo,

consistia no acusado trazer doze testemunhas que jurassem sua inocência, caso fosse membro da nobreza, a sua própria palavra bastaria na maioria dos casos; ou se submeter às ordálias, forma supersticiosa de constituir prova de inocência, menos impossíveis quanto mais elevada a a posição social. É também marco inicial da inquisição e do modelo inquisitorial canônico, bem como a interferência da Igreja Católica no processo penal e a criminalização dos que fossem contrários aos ideais católicos. (NEWMAN, 2014).

Tais práticas judiciais desaparecem no início da Baixa Idade Média e no curso do século XIII, com exceção dos procedimentos promovidos pela Igreja Católica Apostólica Romana, que chega a ser predominante no período de transição entre Alta e Baixa Idade Média. Foucault (2005) averigua que nesse período há a acumulação de riquezas e concentração de armas novamente na mão de um poder centralizado, o que permitiu o amadurecimento de um poder judiciário, possibilitando a criação de novas formas, práticas e procedimentos judiciais, como a figura do procurador/promotor em substituição à vítima, e o ressurgimento de outras, como o inquérito; entretanto, permanece a influência romano-canônica no processo penal.

Mesmo durante a centralização de poderes e o surgimento das monarquias absolutas na Europa, pensadores como Thomas Hobbes (1660) alertavam que “Todas as penas aplicadas a súditos inocentes, quer sejam grandes ou pequenas, são contrárias à lei de natureza, pois as penas só podem ser aplicadas por transgressão da lei, não podendo portanto os inocentes sofrer penalidades.”. Assim, entendiam que era uma violação da lei natural a punição de um inocente pelo Estado, sendo essa uma causa de seu enfraquecimento.

Importante ainda nesse período pós-medieval foi a construção da noção de infração como atentado não contra indivíduo, mas contra a lei e a ordem, e o retorno e preeminência do inquérito como forma de busca da verdade. A prova tende a desaparecer na prática judiciária, sendo mesclada com a predominância da busca por se obter uma confissão do acusado pela tortura (FOUCAULT, 2005).

A brutalidade do procedimento criminal medieval de inspiração romano-canônica foi denunciada extensivamente durante o Iluminismo (SHAFFERN, 2009). Neste período, passou-se a defender a aproximação do procedimento criminal às práticas das instituições políticas Inglesas, em especial a figura do júri como julgador, o afastamento da Igreja Católica do processo penal, e o fim da distinção legal entre pessoas pela sua classe social.

Assim, os Iluministas pregavam que o julgador deveria ser convencido da culpa do acusado pela figura do procurador, ao contrário do procedimento vigente, em que a culpa era estabelecida muito antes de se iniciar o julgamento (SHAFFERN, 2009).

O desenvolvimento da presunção da inocência na filosofia iluminista e na incipiente criminologia, em especial com Beccaria (2013)[original de 1764], levou à positivação do princípio na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*¹ de 1789, que dispôs em seu artigo 9^o² que

¹ Declaração dos Direitos Do Homem e do Cidadão.

² Art. 9. *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable*

todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado (FRANÇA, 1789).

Certamente, a positivação do princípio na DDHC é importante marco que permitiu sua irradiação para diversos diplomas legais no mundo ocidental com considerável rapidez, permitida pelo ambiente político-filosófico pós-Revolução Francesa, o que não significa que teve fim o desenvolvimento teórico e programático do seu conteúdo.

Na Modernidade, em especial no século XX, após a Primeira Guerra Mundial, com a ascensão de regimes fascistas e nazistas na Europa, o princípio da presunção de inocência passou a ser relativizado em Estados totalitários, dando azo à perseguição em massa dos “inimigos do Estado ou da Nação”.

As fortes ideologias reacionárias foram refletidas na doutrina jurídica de tais países, como exemplo principal a Alemanha e Itália. Cite-se, *e.g.*, o pensamento do jurista fascista italiano Vincenzo Manzini, que dizia que como a maior parte dos imputados eram declarados culpados no fim do processo penal, não havia como justificar a presunção de inocência (MANZINI, 1951).

Portanto, neste momento houve a relativização do princípio para valorizar quantidade no lugar de qualidade, descartando-se o importante adágio de William Blackstone (1765-1796, p. 353): “É melhor que dez culpados escapem, do que um inocente sofra.”³.

O princípio da presunção de inocência somente é restaurado com o fim da Segunda Guerra Mundial, na Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948)⁴, e passa, mais uma vez, a irradiar em diversos ordenamentos. Como disse Fletcher (1968), “Bons homens em toda parte louvam a presunção de inocência.”⁵. Contemporaneamente, praticamente inexistente ordem legal que rejeite a presunção de inocência.

Assim, pode-se afirmar, acompanhando Edilson Bonfim (2011), que o desenvolvimento do princípio da presunção de inocência através da história se deu de forma gradual através dos séculos, com involuções e evoluções conforme passava os sistemas jurídicos predominantes no mundo ocidental, tendo como marco consolidatório sua inserção na DDHC, chegando, contemporaneamente, a ser positivado em diplomas penais nacionais⁶ e internacionais⁷, como a Constituição brasileira (BRASIL, 1988) e a DUDH (ONU, 1948).

de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

³ *It is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*

⁴ *Article 11.(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.*

⁵ *Good men everywhere praise the presumption of innocence.*

⁶ Entre diplomas nacionais podemos citar o art. 24 da Constituição espanhola; o art. 42 da Constituição polonesa; o art. 27 da Constituição italiana; o inciso III do artigo preliminar do Código de Procedimento Penal francês; o art. 23 da Constituição romena; seção 11(d) da Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades; e as emendas 5, 6 e 14 da Constituição dos Estados Unidos, como derivação estabelecida no caso *Coffin v. Estados Unidos* (1895).

⁷ *V.g.* o art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; o art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e o art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

2.2 Fundamentos e conteúdo da presunção de inocência como princípio jurídico.

Definir o que é a presunção de inocência e qual seria seu conteúdo é tarefa árdua empreendida pela doutrina nacional e internacional. Sabe-se por conhecimento cotidiano que o próprio nome do princípio denota parte de seu significado: presumir inocente significa não tratar como culpado aquele que é acusado de cometer um delito.

Este conceito basilar tem origem na simples ideia de que “todos são bons até que se prove o contrário”, e sobre ele se construíram os critérios atuais de demarcação básica do que vem a ser a presunção de inocência. Sobre esta construção conceitual, afirma Zanóide de Moraes (2010):

Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão ‘presunção de inocência’ assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim a parêmia latina “*quilibet preasumitur bonus, donec contrariam probetur*” (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegado à acusação.

Entretanto, como será visto, esta é apenas uma das várias possíveis significâncias da presunção de inocência no âmbito jurídico.

Ao se tratar da presunção de inocência, existe eminente debate, encabeçado principalmente por Antony Duff e Thomas Weigend, sobre a forma mais eficaz ou correta de se abordar o estudo sistemático dos temas de seu conteúdo.

A primeira abordagem, defendida por Duff (2013), considera o que se chama de presunção branda: o princípio existiria e seria operacionalizado além do processo penal propriamente dito, abrangendo também outros ramos do direito. Para Weigend (2013), por outro lado, a presunção de inocência só seria eficiente, ou ainda, não esvaziada de conteúdo, se fosse considerada apenas no âmbito do processo criminal.

Nesse sentido, embora possa ser instigante reimaginar a presunção de inocência em outros campos do direito além de seu âmbito tradicional, é forçoso concordar que, atualmente, esta abrangência pode ser suprida por institutos já existentes no âmbito civil ou administrativo, por exemplo.

A busca por esse significado amplo pode acabar por esvaziar ou obscurecer um significado já demasiado elusivo. Desta forma, a preocupação, neste trabalho, com o significado da presunção de inocência se aterá ao âmbito penal.

2.2.1 Suporte fático do princípio da presunção de inocência

Zanoide Moraes (2010) doutrina que o suporte fático de uma norma fundamental pode ser entendido como abstrato ou concreto. Abstrato seria o suporte fático que compreende todos os fatos, atos e situações de vida, seriam os bens jurídicos tutelados pelo enunciado da norma fundamental. O suporte fático concreto seria a ocorrência do previsto no texto legal da norma positivada.

Prossegue o autor, citando Virgílio Afonso da Silva, elaborando quatro questões a serem respondidas para se atingir a composição do suporte fático de uma norma: 1) O que é protegido? 2) contra o quê? 3) qual a consequência jurídica que poderá decorrer? 4) o que é necessário ocorrer para que a consequência também possa ocorrer? (MORAES, 2010).

Assim, o suporte fático da norma é composto pelo que se quer ver protegido e contra o quê se deseja proteger. Tal posicionamento também é defendido por Robert Alexy (2000), para quem princípios são normas que contêm comandos de otimização, expansivos, que ordenam que a norma seja realizada no maior grau de eficiência possível. O grau de cumprimento seria verificado contrabalanceando o princípio ante as regras do ordenamento.

O suporte fático da presunção de inocência, como direito de defesa de primeira geração (historicidade), é formado pelo âmbito de proteção do princípio e o nível de intervenção ou inércia estatal (MORAES, 2010).

Assim, a presunção de inocência se aplica no direito penal brasileiro em todos os casos em que há um acusado, em qualquer fase da investigação ou processo, visto a abrangência constitucional da norma positivada, somados às regras impostas pela historicidade do princípio, como o *in dubio pro reo*.

2.2.2 Conteúdo essencial da presunção de inocência

Presunções são uma espécie de normas legais que contêm um comando de dever-obrigação (comando, proibição, permissão), elas compartilham a estrutura condicional de outras normas, e visam influir no comportamento das pessoas, não sendo descrições de fatos (WROBLEWSKI, 1974).

Além do mais, as presunções são compostas de três partes: uma premisa positiva ou base fática; uma premisa negativa, ou contra-evidente; e por fim, a consequência legal, o que deve ser feito ou assumido. (WROBLEWSKI, 1974).

Para Stuckenberg (2014), embora a análise da estrutura de uma presunção possa ser útil para evitar confusões, a determinação exata do conteúdo e significado de seus comandos é mera tautologia, visto que presunções não explicam nada, mas precisam de explicação.

O autor aponta que essa é a razão de se observar um mesmo princípio assumir significações legais distintas em cada ordenamento: a presunção de inocência no direito americano é

diferente da operada no direito brasileiro, ou alemão . . .

No entanto, o campo de discussão não é de todo estéril. Inegável é que a presunção de inocência vem, antes de mais nada, acompanhada majoritariamente de uma vasta carga histórica, como reconhecido por Hruschka (2009) e demonstrado acima. Sobre a busca do elusivo conteúdo da presunção de inocência, está a necessidade de reconhecer a herança histórica do princípio, a fim de evitar retrocessos ou repetições de momentos históricos macabros.

Pode-se dizer que tipicamente são atribuídos três qualificadores que buscam nortear a significação da presunção de inocência. São três expressões, ou qualidades, que garantem eficácia à norma da presunção de inocência (MORAES, 2010)

A primeira, é a presunção de inocência como regra técnica processual que atua contrariamente à decisões arbitrárias, condenações infundadas e como alocadora do ônus da prova totalmente à acusação. Este aspecto da presunção de inocência se conhece pelo adágio em latim “*in dubio pro reo*” e será melhor desenvolvido adiante.

A segunda se trata de um conteúdo proveniente da modernidade, resultado do desenvolvimento da ideologia burguesa liberal e diz respeito à defesa da liberdade do indivíduo contra o poder do Estado. Weigend (2014) considera que o objetivo da presunção de inocência é blindar o sujeito-acusado contra situações despóticas provocadas pela atuação estatal, o que leva o autor a considerar o princípio como um contrapeso aos riscos naturais de uma suspeita criminal e um freio à atuação dos agentes estatais.

Decorrencia desse aspecto é a defesa do indivíduo num momento pré-processual. Esta faceta foi usada por (BECCARIA, 2013) para argumentar pelo fim da tortura no momento da investigação e por um tratamento mais humano dos suspeitos na detenção.

Outra discussão dentro desse tema pode ser traçada quanto à proporcionalidade dos poderes coercitivos usados na investigação realizada pela polícia e, ocasionalmente no caso brasileiro, pelo Ministério Público.

Considerando que seria quicá impossível investigar e acusar sem certos poderes, qual seria o limite para esses poderes, como por exemplo, a prisão temporária? Julgados das Cortes Internacionais sugerem que o limite aceitável é tomar a presunção de inocência como ferramenta que norteia a proporcionalidade e age contra danos irreparáveis⁸.

O terceiro aspecto elementar da presunção de inocência é esta como regra de tratamento do acusado, que deve gozar da condição de inocente, não devendo ser a ele dispensado tratamento equivalente a de quem já foi condenado (LOPES JUNIOR, 2015). Neste aspecto, a presunção de inocência, para Alfredo Vélez Mariconde (1969), “não consagra uma presunção mas um estado jurídico do imputado, o qual é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença firme.”.

Compartilha deste entendimento Magalhães Filho (1991), ao lecionar que

⁸ Ver por exemplo o caso de MARGARETIĆ v. CROÁCIA, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144367>

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

Como consequência concreta dessa característica podemos assinalar como mais destacadas a vedação de prisões automáticas e a vedação de se antecipar os efeitos de uma condenação, ainda que seja alta a probabilidade desta. Ademais, ficam vedadas as prisões obrigatórias, equiparação do suspeito ao nível de culpado, e enfim, qualquer antecipação contra o acusado do estado de culpado/condenado definitivo.

2.2.3 *In dubio pro reo e favor rei*

De acordo com Ferrajoli (2006), a presunção de inocência teve início no direito romano com a criação da regra que veio a ser chamada de *in dubio pro reo*. Contemporaneamente, a expressão está contida pela presunção de inocência, visto que se trata de forma menos abrangente vis à vis a miríade de significantes que podem ser atribuídos à presunção de inocência.

O aforismo latino é basicamente um regra de julgamento: em caso de dúvida razoável quanto a culpa do acusado, este deve ser inocentado (FILHO, 2010). Deste modo temos que a máxima do *in dubio pro reo* é uma regra que restringe-se ao campo probatório dentro do processo.

Em sendo uma regra probatória, impõe-se que no atual modelo processual penal acusatório, todo o ônus da prova é incubido à acusação, sendo o réu dispensado de produzir provas de sua inocência (LOPES JUNIOR, 2015).

Outros comportamentos do réu no processo podem ser derivados do aforismo, por exemplo, Antônio Magalhães Gomes Filho (1991) menciona que o réu não é obrigado a contribuir com a investigação dos fatos, preliminarmente ou em juízo. Ainda que o réu possa produzir provas de sua inocência, nada o obriga a fazê-lo.

Fica permitida certa margem decisória ao juiz, bastando para cumprir seu dever a absolvição incondicional do réu, que deverá ocorrer ao final do processo caso persistam incertezas sobre a culpabilidade ou veracidade da acusação (CAMARGO, 2001).

Esta “margem de dúvida” é no sentido de que o julgador não deverá buscar fundamentos para a condenação onde estes sejam inexistentes, conseqüentemente deve ser evitada uma atuação inquisitorial por parte do juiz.

Parte da doutrina e jurisprudência, em especial a jurisprudência dos Tribunais Estaduais, trabalham com a distinção entre *in dubio pro reo* e *favor rei*. Para estes, o *favor rei* seria espécie do *in dubio pro reo* (ANTUNES, 2010). Embora a distinção não seja muito desenvolvida, pois

as expressões são vistas na maior parte como análogas, não há prejuízo em citar brevemente qual seria a diferenciação entre os dois adágios.

A distinção seria que o *favor rei* atine-se à forma de valoração da prova pelo juiz, que deve ser interpretada de forma mais favorável ao réu, portanto, trata-se de aspecto hermenêutico da presunção de inocência (ANTUNES, 2010).

Assim, *favor rei* é uma regra de interpretação da legislação penal e processual penal, que se usa para solucionar casos de dúvida quanto ao sentido e extensão de certa norma, e implica a interpretação mais benéfica ao réu e que mais prime por sua liberdade (CAMARGO, 2001).

Ou seja, de acordo com o *favor rei*, qualquer interpretação na seara do processo penal deve sempre ser orientada pela direção que mais respeite a liberdade individual do acusado.

Independente de se adotar a distinção entre os axiomas ou não, podemos ver que, concretamente, ambos envolvem a ideia de que se deve ponderar em favor da supremacia da liberdade do acusado, em outras palavras, *in dubio pro reo* e *favor rei* são aliadas ferramentas da presunção em favor da liberdade.

2.2.4 Presunção de inocência como princípio jurídico contrafactual

A ideia de contrafactualidade da presunção de inocência é uma construção doutrinária que busca abarcar as caracterizações normativas principais do princípio na ideia preeminente de que a presunção de inocência atua de maneira contrafactual, é dizer, como método retórico de construção e consideração de argumentos, que visa distanciar o procedimento criminal da realidade do dia a dia e até da ordem jurídica vigente, possibilitando uma pluralidade discussiva dentro do procedimento criminal (JONG; LENT, 2016).

A importância dessa conceituação vem da preocupação em evitar o esvaziamento conceitual e prático do conteúdo firmador da presunção de inocência, como se vê por exemplo no debate entre conceitos amplos e restritos, ou entre qual conceito se deve utilizar em qual momento argumentativo, buscando trazer um conceito epistemológico na construção do que é a presunção de inocência.

Num plano concreto, a noção de contrafactualidade da presunção de inocência atuaria, segundo Jong e Lent (2016), de pelo menos três formas: a primeira, que a presunção de inocência sempre será de alguma forma indeterminada, positivamente e praxe nunca atingirão a totalidade do significado seu núcleo normativo; a segunda, a acentuação da potencialidade crítica do princípio, fazendo as autoridades e atores dos procedimentos criminais a realizarem constantemente uma autocritica de suas atuações e pré-conceitos diante do acusado; por fim, como contrapeso em oposição à imagem política de uma “sociedade justa” e legitimidade do sistema de repressão estatal.

A contrafactualidade da presunção de inocência, embora relativamente nova e em de-

envolvimento, se mostra como alternativa válida e dialeticamente crítica em relação ao que tradicionalmente se entende pelo princípio histórico. Em contrapartida à ideia de presunção ampla defendida por Duff (2013), a proposta de Jong e Lent (2016) ventilam o debate enquanto se mantém relevante e focada no âmbito penal, sem arriscar um esvaziamento de conteúdo, mas proporcionando novas abordagens.

2.3 Presunção de inocência como direito fundamental inscrito na Constituição Federal de 1988

É possível afirmar que as modernas Constituições são resultados da integração política de uma nação e refletem os valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, ou seja, o Direito triunfante (MIRANDA, 1982).

Pode-se expandir este posicionamento da teoria da constituição ao se adotar, também, a ideia proposta por Canotilho (1982) de “Constituição dirigente”, ou seja, a Constituição como ferramenta de ampliação dos deveres do Estado e vinculação normativa de finalidades sócio-econômicas.

Assim, temos que uma Constituição é produto do seu tempo, sociedade e ambiente político em que é democraticamente promulgada ou autoritariamente outorgada e que, contemporaneamente, norteia as atuações e diretrizes políticas do Estado, além de possuir suas qualificações clássicas de restritora da atuação estatal perante o cidadão.

Para o Brasil, a Constituição de 1988 marca a reabertura política e redemocratização do Estado, rompendo com o sistema político autoritário vigente entre 1964 e 1985, reintroduzindo princípios afastados durante tal período e introduzindo novas matérias no corpo da constituição, em especial a maioria dos princípios fundamentais constantes do Título I da CF/88 (CARVALHO, 2015a).

Para Paulo Bonavides (1994), a nova constituição é uma Constituição de Estado Social e, portanto, sua análise e interpretação deve ser feita segundo os princípios de tal modelo estatal, não sendo possível “compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal.”.

Ou seja, a nova constituição tem um escopo claramente republicano, democrático e social, abarcando todas as gerações de direitos até então existentes, todos que buscam interpretar ou aplicar a nova constituição deve estar cientes disso e do papel edificador das instituições que possui a carta magna.

Assim, moldar os preceitos constitucionais à bel prazer ou ir contra estes é atacar os próprios fundamentos institucionais. Dessa forma, a leitura da presunção de inocência na CF/88

deve ser realizada seguindo os parâmetros impostos pela nova ordem constitucional e seus ideais de construção de uma sociedade justa, igual, com instituições fortes e seguras.

2.3.1 O Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 88

No ânimo da redemocratização a ser instituída pela nova Constituição, foram introduzidas diversas normas garantistas no art. 5º da CF/88 que têm como objetivo um sistema processual penal acusatório em que a liberdade do indivíduo e as regras do jogo prevalecem aos movimentos políticos e o Estado como protetor da sociedade (NUNES, 2010).

Nas palavras de Monica Ovinski de Camargo (2001)[p.214], “[...]nossos constituintes perceberam que um direito individual de cunho internacional, presente nos mais importantes documentos da ONU sobre direitos humanos, não poderia mais ser ignorado pela legislação constitucional brasileira, caso esta ousasse se intitular como democrática, cidadã, liberal ou protecionista dos direitos e garantias individuais.”.

A positivação da presunção de inocência se fez imperativa para os constituintes. O primeiro esboço da norma teve a seguinte redação, apresentada pela Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais à Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher: “Considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”. No entanto, a redação final promulgada no texto constitucional e com *status* de cláusula pétrea é a seguinte, encontrada no inciso LVII do art. 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

As mudanças operadas entre o texto proposto e a sua redação final se deram por diversos motivos, entre eles o fato da primeira proposta ser restritiva por conter o termo “*cidadão*”, que viria a ser substituído pelo universalmente abrangente “*todos*”. O fator aparentemente decisivo para a redação final foi o incomodo profundo da maioria dos constituintes pela expressão “*presume-se inocente*”, que foi considerada audaciosa para o processual penal, que se ocupa do trato com os “*criminosos*”; havia relutância em aceitar presumir a inocente um indivíduo acusado de um crime, o que levou a substituição da expressão pela “*considerado culpado*” (CAMARGO, 2001).

Apesar dessa escolha redacional da presunção de inocência pelos constituintes, motivada pelo medo e “*ignorância que paira acerca do seu conteúdo e da sua história jurídico-política*” (CAMARGO, 2001), certo é que o que se chama de não-culpabilidade é a presunção de inocência, eis que são expressões equânimes: significam a incidência do mesmo princípio de que todos devem ser considerados inocentes pelo Estado, no Brasil, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pensar diferente seria como tratar como conceitualmente distintos princípio da igualdade e isonomia.

Reforça esse posicionamento o simples raciocínio empregado por Nunes (2010) de que no processo penal o indivíduo acusado só pode ser considerado inocente ou culpado, inexistindo

meio termo ou categoria intermediária .

Historicamente, mesmo com todo esforço da doutrina fascista Italiana, inspiradora do CPP e CP e encabeçada por Vincenzo Manzini, jamais houve a construção de tal intermediário, sendo inconcebível que sejam envidados esforços no sentido de produzir no Brasil tal distorção conceitual (NUNES, 2010).

Ou seja, independente do que se pretenda chamar a presunção de inocência no Brasil, certo é que a redação do artigo 5º, inciso LVII traz para a ordem constitucional brasileira o referido princípio.

Não se pode pensar, nesse sentido, que chamar de não-culpabilidade o que é presunção de inocência, de alguma forma “abrandaria” sua carga valorativa ou traria novo significado, talvez mais maleável aos desígnios argumentativos de quem o utiliza, pois isso iria de encontro com as pretensões republicanas e democráticas da Carta Constitucional, além de violar o sentido histórico e doutrinário que existe em volta da presunção de inocência.

3 Recursos penais e execução da pena. As consequências das decisões judiciais pragmáticas sobre a execução da pena

No julgamento de segundo grau é quando geralmente podemos observar a maior relativização da presunção de inocência. Mais importante se destacar o que ocorre *após* o julgamento de segundo grau no ordenamento brasileiro.

Contemporaneamente, o princípio da presunção de inocência foi relativizado pelo STF para considerar cabível a execução da pena após o julgamento de segundo grau, por, entre outros motivos, as peculiaridades dos recursos aos tribunais superiores.

3.1 Coisa julgada e trânsito em julgado

A coisa julgada é tema com diversas consequências práticas no processo, tendo seu fundamento positivo no ordenamento brasileiro no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88, que dispõe “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Trata-se de construção fictícia do Direito, enraizada constitucionalmente, que busca dar estabilidade às manifestações do Estado-juiz e garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados (BUENO, 2014).

Na legislação infraconstitucional, pode ser encontrada no art. 8.4 da CADH, de natureza supralegal, e no §3º, art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei Nº 4.657/42), além das legislações processuais específicas.

Percebe-se a unanimidade legislativa em chamar de coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso. Kildare Carvalho (2015b, p. 142) segue entendimento que a CF/88 protege sem distinção tanto a coisa julgada formal quanto a material.

Em nosso ordenamento, a coisa julgada funciona tanto como garantia constitucional individual que assegura o *ne bis in idem*, quanto garantia processual que firma a preclusão e imutabilidade do mandamento que surge da sentença (LOPES JUNIOR, 2015).

3.1.1 Trânsito em julgado

Anteriormente à formação da coisa julgada, temos o momento de *trânsito em julgado* da sentença; este, definido por Barbosa Moreira (1971, p. 145) como a passagem da sentença da condição de mutável para imutável, ou ainda, como o fato que marca o início de uma situação jurídica nova: a existência da coisa julgada. Similarmente concluiu Machado Guimaraes (1969) ao esclarecer que o trânsito em julgado cria a coisa julgada formal ou material, dependendo da natureza da sentença.

Em outras palavras, transitam em julgado, e portanto fazem coisa julgada, sentenças imutáveis, podendo tal imutabilidade atingir apenas seu aspecto formal ou também seus mandamentos e efeitos externos, através da resolução do mérito.

Desta forma, quando ainda resta possibilidade de interposição de recurso admissível, fica impedido o trânsito em julgado da sentença, pois se abre espaço para novo julgamento, seja de mérito ou de direito, ocorrendo efeito obstativo da formação da coisa julgada, ressalte-se, portanto, também do trânsito em julgado (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001). No entanto, em caso de recurso interposto que receba juízo negativo de admissibilidade, ou quando do esgotamento da via recursal, ocorre o trânsito em julgado da sentença, visto serem trancadas as possibilidades de sua mutação no processo (Ibid., p. 54-55).

A definição do momento de trânsito em julgado e, portanto, da formação de coisa julgada, é de suma importância para o processo penal, tendo em vista a redação do art. 5º, inciso LVII da CF/88, que dispõe “ninguém será considerado culpado até o *trânsito em julgado* de sentença penal condenatória.”.

E o conceito visto é claro. a resposta para a pergunta de quando ocorre a imutabilidade da sentença penal condenatória dentro do processo é: no momento em que se esgotou completamente a via recursal, não sendo mais cabível discussão de mérito ou de direito, sendo impossível mudar o conteúdo da sentença por qualquer via ordinária no processo.

3.1.2 Coisa julgada formal e material

Embora alguns doutrinadores neguem a distinção entre coisa julgada formal e material, há considerável desenvolvimento histórico e doutrinário a esse respeito na doutrina processualista, de forma que podem ser propostas diferentes definições para coisa julgada formal e coisa julgada material (ALVIM, 2012, p.264). Por essa distinção, Lopes Junior (2015) deduz que a coisa julgada material pressupõe a formal, pelo que primeiramente a decisão é preclusa ou irrecorrível, vindo então a imutabilidade de seu comando e produção de seus efeitos.

Inicialmente, se aponta como *coisa julgada formal* o fenômeno que imprime imutabilidade à sentença em decorrência da preclusão, ou seja, impossibilidade de modificação da sentença por meio de recurso dentro do processo (ALVIM, 2012, p. 265).

Similarmente, Cassio Scarpinella Bueno (2014, p.376) define a coisa julgada formal como ocorrência da imutabilidade dos efeitos da sentença dentro do processo, se aproximando, mas não dependendo, da preclusão, afirmando que a diferença entre os institutos está em aspecto exterior, sendo a preclusão mais abrangente.

Também faz coisa julgada formal a sentença que não analisa ou julga o mérito da causa, eis que é possível ocorrer sua imutabilidade dentro do processo sem análise do caso penal concreto (LOPES JUNIOR, 2015, p.911).

Coisa julgada material é o fenômeno que imprime imutabilidade ao conteúdo da sentença, restando imutável o conteúdo do ato jurisdicional e definitivo seu comando, que passa a se projetar para além do processo (ALVIM, 2012, p.265). Esta é a concepção de coisa julgada a que se costuma fazer referência (BUENO, 2014).

Na seara processual penal, é requisito para coisa julgada material a existência de sentença de mérito, que resolva o caso penal concreto, seja para condenar ou absolver o réu, ou ainda para declarar extinta sua punibilidade, prejudicado então o *ius puniendi*, impedindo-se novo processo sobre a mesma causa ou seu reexame (LOPES JUNIOR, 2015).

Uma particularidade do processual penal é que a sentença condenatória jamais produzirá plena imutabilidade de seus efeitos, eis que a coisa julgada, por ser garantia constitucional a favor do réu, pode ser modificada através de revisão criminal¹ (LOPES JUNIOR, 2015).

Como visto, coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal. Esta primeira, por adentra o conteúdo de mérito do processo, ou seja, a análise e valoração dos fatos, provas, narrações, indícios, nulidades, é a que vem a se transformar no deslinde da causa no trânsito em julgado, tornando imutável, certo e executável o conteúdo da decisão judicial, que será portanto a última *ratio* sobre a questão que se põe em juízo.

3.2 Efeito devolutivo e suspensivo dos recursos processuais penais

O ordenamento brasileiro adotou no processo penal um conceito amplo para o *efeito devolutivo*: em lugar de um conceito restritivo, pelo qual só seria devolvido ao tribunal *ad quem* a matéria de ofício ou então a matéria de mérito da causa, o efeito devolutivo consiste em devolver ao mesmo órgão ou à órgão *ad quem* o conhecimento total ou parcial da matéria impugnada julgada em grau inferior de jurisdição, e também da matéria cognoscível de ofício (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001). Ou seja, o efeito devolutivo permite o reexame da decisão impugnada¹.

Apesar de ter um amplo conceito para extensão do efeito devolutivo, a devolução da matéria é limitada ao que for impugnado, ou se se tratar de recurso extraordinário. Assim, a devolução pode ser total, quando o recurso puder devolver o conhecimento de todas questões discutidas no processo; parcial, quando a devolução da matéria se restringe ao que foi alegado; ou extraordinário, quando se devolvem apenas as matérias de direito, no caso dos recursos extraordinário e especial (LOPES JUNIOR, 2015).

Pode-se afirmar que o *efeito suspensivo* tem maior relevância no processo penal, devido à sua proximidade no que concerne à execução da sentença condenatória, sendo cerne de diversas discussões quanto às suas consequências nos recursos em espécie, em especial quanto a sua

¹ Aury Lopes Jr. ainda classifica o efeito devolutivo em interativo, quando dirigido ao próprio juiz; reiterativo, quando dirigido a um tribunal *ad quem*; e misto, quando o juiz *a quo* pode reexaminar a própria decisão, e enviar o recurso ao tribunal *ad quem* apenas quando mantê-la.

ausência nos recursos extraordinário e especial.

O efeito suspensivo é obstáculo legal para que a sentença produza seus efeitos antes do trânsito em julgado (LOPES JUNIOR, 2015). Significa também que o efeito suspensivo garante que o recurso suspenda totalmente a eficácia da sentença impugnada, não apenas sua eficácia executiva (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001).

Conforme Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001), é de se acatar, diante do texto Constitucional, a posição de que a sentença penal é ato subordinado à condição suspensiva: pela simples possibilidade de interposição de recurso a sentença é ineficaz e fica prejudicado seu trânsito em julgado, pelo que, quando o recurso que tem efeito suspensivo este apenas prolonga a condição de ineficácia da decisão.

Portanto, a sentença sujeita a recursos não produz imediatamente seus efeitos, com exceção da sentença absolutória², visto que a sentença penal nasce privada de sua eficácia executória, embora contenha todos os requisitos necessários à sua existência, pois o que se busca garantir é a efetividade da presunção de inocência pela manutenção da norma contida no art. 5º, LVII da CF/88.

3.3 Peculiaridades dos recursos extraordinário e especial

São chamados de extraordinários os recursos que podem ser interpostos aos Tribunais Superiores a fim de discutir matéria de direito, pelo que se limitam ao aspecto jurídico da impugnação (LOPES JUNIOR, 2015). O recurso especial, e suas hipóteses de cabimento, destinado ao STJ, é previsto no art. 105, III, da CF/88. Já o recurso extraordinário e suas hipóteses de cabimento, destinado ao STF, é previsto no art. 102, III da CF/88.

Os recursos extraordinário e especial possuem efeito devolutivo limitado à matéria constitucional de repercussão geral³ ou de lei ordinária federal, com exigência de prequestionamento do direito impugnado na instância *a quo*, embora seja possível exceder esse limite da devolução, como por exemplo, no caso do art. 61 do CPP⁴ (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001)

Ademais, é vedado o reexame de questões de fato, pelo que há jurisprudência defensiva contida nos enunciados de súmula n. 279⁵ do STF e n. 7⁶ do STJ. Entretanto, essa limitação se restringe ao *exame* das provas e não à violação de regras processuais ligadas à produção probatória ou questões legais tocantes ao procedimento processual penal (LOPES JUNIOR, 2015).

² Conforme o art. 596 do CPP: *Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.*

³ Conforme alteração promovida pela EC 45

⁴ Art. 61. *Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício*

⁵ *Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*

⁶ *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*

Como mencionado *supra*, os recursos extraordinários, destinados aos Tribunais Superiores, não possuem previsão expressa de terem efeito suspensivo, conforme se previa no enunciado do art. 27, §2º, da Lei 8.038/90. No entanto o dispositivo foi revogado pelo novo Código de Processo Civil, que trouxe em seu art. 1.029, §5º a possibilidade de concessão de efeito suspensivo a tais recursos.

Especificamente para o processo penal, o art. 637 do CPP prevê que “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”. Vale anotar que trata-se de enunciado anterior ao texto da CF/88.

3.4 Execução provisória e o HC 84.078/MG

Antes do novo texto constitucional, a jurisprudência do STF seguia a letra da lei do CPP ao considerar ser possível execução da pena privativa de liberdade após a sentença condenatória, mesmo com relação ao réu ao qual fora admitido apelar solto (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p.300).

Além de considerar incabível a presunção de inocência aos recursos extraordinários, o pretório excelso considerava, erroneamente, que as previsões constitucionais inscritas no art 5º, inciso LVII não se sobrepunham ao que se dispunha no CPP, ou seja, ao se desvelar a retórica distorcida, observa-se que se chegou a afirmar que a CF, norma hierarquicamente superior ao CPP, não era superior ao CPP:

Recurso de habeas corpus. Art. 5º, item LVII, da Constituição Federal. Prisão. O disposto no item LVII, do art. 5º da Carta política de 1988, ao dizer ‘Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória’, não importa em revogação dos preceitos do Código de Processo Penal que autorizam a prisão após sentença condenatória. Outros itens do mesmo artigo levam a conclusão de que, ante o mencionado item LVII de que, embora haja decisão condenatória, mesmo em segundo grau, a prisão só poderá efetuar-se após o trânsito em julgado de tal decisão (RHC nº 67857/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho. J. 12/10/1990)

E mesmo com a vigência da nova Constituição em 1988, o STF decidiu no HC 67.245/MG que inexistia efeito suspensivo no recurso extraordinário, pelo que “NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5., LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.” (STF, 1989), ou seja, não existiria o direito em aguardar em liberdade o julgamento do RE:

PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE

CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5., LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001) notam, no entanto, que a fundamentação desse julgado não tratou de execução provisória de sentença penal não definitiva, mas ressaltou a inexistência de direito a aguardar o julgamento dos recursos extraordinário e, paralelamente, recurso especial, em liberdade devido à ausência de efeito suspensivo em tais recursos.

O HC supramencionado é exemplificativo do que Roberto Barroso (2001) chama de interpretação retrospectiva, modelo interpretativo que fora adotado pelo STF em que um dispositivo constitucional novo é interpretado conforme entendimento firmado no ordenamento constitucional anterior. Em suma, se privilegiava o velho entendimento interpretativo e jurisprudencial em detrimento das inovações do novo texto constitucional ⁷.

Tal forma de interpretação “retrospectiva” vingou de 1988 até início de 2009, quando foi realizado o julgamento do HC 84.078/MG, que consagrou ser inconstitucional a execução antecipada da pena, com base nos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana (STF, 2009). Além de romper com o entendimento anterior, o HC 84.078/MG reforçou a primazia da constituição sobre o CPP não apenas hierarquicamente, mas também temporalmente e especialmente. Abaixo, a ementa integral do HC 84.078:

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

⁷ Nesse sentido os HCs 68.726, 74.983, 71.723, 80.174, entre outros.

execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados — não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque — disse o relator — "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Conclui-se que no novo entendimento firmado se buscou claramente privilegiar o novo texto normativo constitucional, que trouxe a inovação do aguardo do trânsito em julgado, no Art. 5º, LVII. A ementa mostra ainda que entre as principais razões da mudança de posicionamento se encontram os preceitos da lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP), considerados adequados à nova constituição, além de temporal e materialmente superiores ao disposto no art. 637 do CPP.

3.4.1 Alterações legislativas após o HC 84.078 para compatibilização do sistema processual com a constituição e jurisprudência

Quando da edição da Lei 12.403/2011, foram feitas mudanças que adequaram o CPP à nova Constituição e ao novo entendimento jurisprudencial, realizando alterações em todo o sistema de medidas cautelares penais e, em parte, de prisões, notadamente modificando a redação do art. 283 do CPP.

É de se notar que o projeto de lei foi proposto antes da alteração de orientação pelo

STF, o que leva à conclusão de que já estava em movimento um esforço legislativo que visava a contemporização da legislação processual penal. Assim se lê na exposição de motivos do Ministro da Justiça no projeto de lei nº 4.208 de 2001, que viria a ser a Lei nº 12.403/2011:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema. [...] As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória [...] Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são: [...] **d) impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar;**⁸ (grifamos)

O artigo antes dispunha: “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. Em 2011, o dispositivo foi substituído pelo seguinte preceito: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Outra alteração importante foi a instaurada pela Lei 11.719, que revogou a condição do réu recolher-se preso para apelar, norma baseada num ambiente autoritário em que se presumia a culpa do réu, não se respeitando as regras basilares da presunção de inocência, em especial, esta como norma de tratamento.

Para Zanoide de Moraes (2010), algumas modificações do CPP poderiam ter sido realizados já em 1995, quando foi editada a Lei 9.033, sob a égide da nova CF. Para o doutrinador, “Perdeu-se ótima oportunidade de se eliminar do plano normativo abstrato essa violação constitucional”, visto que “Referida lei eliminou dispositivo semelhante do então vigente parágrafo primeiro do artigo 408 da mesma legislação processual”. Mas, como diz o brocado latino, *potiusque sero quam numquam*, antes tarde do que nunca.

Depois da edição da Lei nº 12.403, em 2011, o STF manteve o entendimento que havia fixado em 2009, reafirmando, em diversos casos, que a presunção de inocência, tal como positivada na Constituição Federal de 1988, impedia a execução provisória da sentença penal condenatória:

“HABEAS CORPUS” (...) PRISÃO CAUTELAR - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - INADMISSIBILIDADE - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DO CONDENADO - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO

⁸ Disponível em: <https://goo.gl/Z7NzQm>

CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRA-ORDINÁRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA IDÔNEA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - PEDIDO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. (...) A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. (...) A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 93261, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, Publicado em 19/11/2012)⁹

Ainda ocorreram diversas alterações na legislação penal esparsa, como ocorreu, por exemplo, com a edição da nova Lei do Crime Organizado, a nova Lei de Drogas, na Lei da Lavagem de Dinheiro, na Lei de Crimes Hediondos.

As predecessoras dos diplomas supramencionados eram normas que contrariavam o novo posicionamento constitucional em relação ao réu e à presunção de inocência. Em especial, elas traziam disposições similares à do art. 594 do CPP.

Mesmo com o novo texto constitucional, foram editadas diversas leis que contrariavam a presunção de inocência e afrontavam o respeito e primazia da liberdade individual, estes conflitos não foram abordados de pronto, tendo sido necessária ampla evolução dogmática através do debate para que estes dispositivos violadores do estado de inocência do réu fossem superados e retirados do ordenamento jurídico brasileiro (LIMA, 2016).

Como se observa, foi empreendido um grande esforço legislativo e jurisprudencial no sentido de se adequarem as regras do processo penal às novas disposições constitucionais e entendimento do STF, de modo que havia certo aspecto de coerência nas regras que se aplicavam no processo e os ditames constitucionais. Apesar da existência de regras discutivelmente inconstitucionais ou que não foram recepcionadas pela CF/88, certo é que se estava buscando harmonizar e garantir a coesão do sistema penal diante das novas regras impostas constitucionalmente.

⁹ Em sentido similar, ver RTJ 148/752, RTJ 195/603 e RTJ 193/936

4 Harmonização constitucional do sistema de execução penal

Feitas as considerações necessárias sobre os conceitos de presunção de inocência e recursos penais após o julgamento de segundo grau, passamos ao capítulo final desse trabalho, em que buscaremos uma resposta adequada para o busílis construído em torno da execução antecipada da pena e a presunção de inocência.

4.1 Nova problemática do sistema processual penal após o HC 126.292/SP

Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.¹

Em fevereiro de 2016, o STF decidiu, por maioria de votos, em sede de HC, permitir a execução da pena após a confirmação em segundo grau da sentença condenatória, mais comumente conhecido como “execução antecipada da pena”, nomenclatura a ser utilizada.

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

A mudança repentina de posicionamento se deu em meio a notável ebulição política e social marcada pelo apelo pela “justiça”, “ordem”, “combate à corrupção”... Além dos fundamentos políticos, estão os jurídicos, utilizados para legitimar a permissão que contrariava entendimento anterior da suprema corte.

Estes fundamentos foram, principalmente, a experiência do direito comparado e a consideração que a segunda instância encerra a análise de fatos e provas, este último utilizado no voto do ministro relator, Teori Zavaski.

O entendimento foi posteriormente consolidado após serem rechaçadas as liminares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que buscam declarar constitucional o art. 283 do CPP, bem como a edição em 11/11/2016, da tese em Repercussão Geral nº 925, com caso paradigma o Agravo em RE 964.246, veja-se:

¹ Notícia disponível em <https://bit.ly/20FVdAn>, acesso em 20/03/2018

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Mais espantoso foi o fundamento trazido por alguns ministros, que tem o seguinte raciocínio: se a maior parte dos recursos extraordinários é improvido, não há sentido em “atrasar” a execução da pena, visto que essa, por esses dados, seria certa na maior parte dos casos.

Infelizmente esta lógica também fora defendida e utilizada na Itália fascista, tendo como maior preponente Vincenzo Manzini (1951). Não podemos concordar com argumento que coloca quantidade acima de qualidade na seara penal, e mais, acima de direitos individuais contra abusos na persecução penal. Relembramos aqui o adágio de William Blackstone (1765-1796), para que não esqueçamos das conquistas básicas atingidas na evolução da presunção de inocência: “É melhor que dez culpados escapem, do que um inocente sofra.”.

A decisão causou cisão entre os ministros, que ficaram divididos entre aqueles que defendem o novo e aqueles que defendem o antigo entendimento.

Em discurso, o Ministro Marco Aurélio, que votou em favor da manutenção do entendimento de 2009, proclamou: “Não se avança culturalmente fechando a Lei das leis da República, que é a Constituição Federal, sob pena de vingar a lei do mais forte, o critério de plantão, a Babel. A prevalecer as pinceladas notadas, para não falar em traulitadas de toda ordem, onde vamos parar?”.²

Ministros que divergiram no HC 126.292 chegaram a proferir decisões contrárias ao entendimento, por este não ser vinculante até a edição da Repercussão Geral. Nesse sentido, o HC 138.337/SP.

Ademais, o novo posicionamento do STF tem sido duramente criticado, principalmente por ir contra texto expresso da CF (“até o trânsito em julgado. . .”, art. 5º, LVII), por violar a presunção de inocência como regra de tratamento, ao considerar o condenado em segundo grau como condenado definitivo e por se basear em demasia no direito comparado, que não possui disposição similar àquela constante na nossa Constituição (BADARÓ, 2017).

Ressalte-se que o que se critica é voltada à execução antecipada da pena em detrimento do acusado. Existe a chamada execução antecipada da pena, autorizada pela LEP, quando o preso provisório se encontra encarcerado por tempo equivalente aquele pelo qual seria condenado. Nestes casos, se autorizam realizar certos direitos da execução penal por serem mais benéficos ao réu que mantê-lo apenas no regime da prisão provisória, como a progressão de regime.

Os fundamentos do debate levantado pela doutrina garantista e legalista em oposição ao posicionamento do STF são exemplificadores do problema que agora encara o sistema processual penal: a contradição estabelecida entre a jurisprudência do STF *versus* as disposições

² Ver em <https://bit.ly/2Fiogpz>. Acesso em 24/03/2018.

constitucionais e a legislação que foi construída para se adequar ao posicionamento estabelecido em 2009 e à nova CF.

4.2 O art. 283 do CPP e o inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal

No âmbito das alterações legislativas empreendidas após o HC 84.078, visto supra, foi dada a seguinte redação ao artigo 283 do CPP:

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

Conforme acima, a redação atual foi dada em função da observância ao novo texto constitucional, e ao entendimento do STF que prevaleceu até 2016. Um dos óbices de maior relevância para a permissão da execução antecipada após o julgamento do segundo grau está neste artigo.

Isto, pois o STF, no julgamento do HC 126.292 e no Tema 925, deixou de considerar o mencionado artigo, que dispõe, literalmente, o impedimento de prisão antes de sentença condenatória transitada em julgado que não seja em flagrante delito, por prisão temporária ou prisão preventiva.

A desconsideração do artigo foi exposta por diversos doutrinadores, como Lênio Streck (2016a), para quem o STF ao deixar de aplicar ou invalidar formalmente o artigo, violou a própria jurisprudência ao contrariar a Súmula Vinculante 10:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (Sessão Plenária de 18/06/2008)

A referida SV visa evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado. Ou seja, o STF afastou a incidência do artigo 283 sem fundamentar devida e claramente, portanto fazendo algo que ele mesmo proíbe (STRECK, 2016b).

Esta desconsideração não fundamentada por parte do STF levou à proposição das ADCs 43 e 44, pelo Partido Ecológico Nacional e pela Ordem dos Advogados do Brasil, sob o fundamento da controvérsia causada pela incompatibilidade entre o art. 283 do CPP e a decisão proferida no HC 126.292:

Dada a incompatibilidade da decisão tomada em tal julgamento com o disposto expressamente no art. 283 do CPP – o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão –, fica demonstrada a relevância da controvérsia judicial suscitada na presente ação declaratória. (STF, 2016a)

O argumento fundamental, acreditamos, se encontra na argumentação formulada por Streck na ADC 44: a constitucionalidade espelhada do art. 283 do CPP *vis-à-vis* o inciso LVII e LXI, art. 5º da CF.

Em breve resumo, se uma norma infraconstitucional copia o texto de norma constitucional, então terá garantida sua constitucionalidade de forma *espelhada* por repetir materialmente e formalmente o texto constitucional (STF, 2016b). Observe-se a comparação entre os dois textos:

Art. 283 do CPP	Art. 5º, LVII e LXI da CF
Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.	LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Ora, o STF se colocou, dessa forma, em situação constrangedora. Além da miríade de argumentos trazidos pela ADC 43, o STF deve considerar a constitucionalidade de artigo que reproduz fielmente texto constitucional, mas que deixou de declarar inconstitucional e deixou de fundamentar sua desconsideração quando da mudança de posicionamento quanto à execução antecipada da pena.

É dizer, caso o STF deixe de declarar constitucional o art. 283 do CPP, estará indiretamente declarando *inconstitucional* texto constitucional, algo categoricamente rechaçado pela própria corte³. E, caso declarada a constitucionalidade do artigo, estará declarando que cometeu um equívoco ao permitir a execução antecipada.

Uma previsão que pode ser elaborada dentro deste contexto é que o STF, por estar em situação deveras embaraçosa por ele mesmo construída em seu descuido técnico, irá evitar abordar diretamente a problemática trazida pelas ADCs 43 e 44 no julgamento destas, de modo que irá se aproveitar para reforçar demagogicamente uma ideia que trouxe no seio do Tema 925 e HC 126.292, que é a diferença entre culpabilidade de fato e de direito, ou ainda, a impossibilidade de reexame de fatos no seio dos recursos extraordinários. Assim, ficaria cementado que se trata muito mais de julgamento *político* do que *técnico-jurídico*.

³ Ver as ADIs 815 e 997, que julgaram incabível no ordenamento brasileiro a tese de que existem normas constitucionais inconstitucionais.

4.3 Culpabilidade fática e culpabilidade normativa: conceitos jurídicos na necessária contramão dos apelos punitivistas da sociedade

A distinção entre a definição da culpa no seio do processo penal foi trazida, também, quando da mudança de posicionamento operada pelo STF.

Para o STF, a presunção de inocência apenas prevaleceria até o término do julgamento em segundo grau, momento em que a culpa do acusado estaria definida *de fato*, pois, segundo o entendimento, a partir desse momento, não se discutiriam mais provas em recurso especial e extraordinário, o que limitaria a presunção de inocência ao aspecto de regra de julgamento, *in dubio pro reo*.

A vedação da análise fática e probatória em grau extraordinário é, inclusive, matéria sumulada pela chamada “jurisprudência defensiva”. Por exemplo, as sumulas 279, do STF e a súmula 7 do STJ:

STF - Súmula 279

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

STJ - Súmula 7

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

No entanto, como bem explicitado por Badaró (2018), nos recursos extraordinários pode haver a valoração da prova, ou seja, a análise, entre outros, dos critérios de apreciação da prova, da errada aplicação das regras de experiência, da utilização de prova ilícita, da nulidade da prova, do valor legal da prova, das presunções legais, ou da distribuição do ônus da prova.

Ou seja, embora não haja o “reexame” do conteúdo da prova, pode haver a análise do cumprimento das regras processuais de produção e interpretação da prova, o que pode vir a alterar o deslinde do processo. Uma prova decisiva para a condenação poderia, por exemplo, ser declarada ilícita em sede de Resp, deixando de ser considerada, seria de se aplicar a presunção de inocência a fim de inocentar quem antes estaria condenado:

(...) 3. A errônea valoração da prova que enseja a incursão desta Corte na questão é a de direito, ou seja, quando decorre de má aplicação de regra ou princípio no campo probatório e não para que se colham novas conclusões sobre os elementos informativos do processo. (...) (AgInt no AREsp 970.049/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 09/05/2017)

O problema parece atinente à discussão de matérias de fato e matérias de direito, distinção criticada por autores como Castanheira Neves e Ovídio Baptista, que consideram a distinção um silogismo ilógico, uma falsa dicotomia, pois toda questão de fato seria de direito e vice-versa. A questão seria, com separar fato de direito, se a formação do direito depende da ocorrência de situações fáticas juridicamente relevantes?

Ainda que se admita a distinção, nos encontramos com a dificuldade de se saber quem é o agente definidor das questões de fato. Afinal, este teria a última palavra quanto ao marco entre o que se pretende fazer ser a cisão entre coisa julgada formal e material.

A cisão entre culpabilidade fática e normativa, entre coisa julgada formal e material, trata-se, no cerne, de uma decisão axiológica, como explicita Zanoide de Moraes (2010):

Essa visão gradualista da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da presunção de culpa, pois sob seu argumento está uma certeza de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, crê que a análise do juízo a quo pela condenação prevalecerá e, portanto, enquanto se espera por um desfecho já esperado, mantém-se uma pessoa presa provisoriamente.

Portanto, limitar a questão ao debate entre definição de culpabilidade é contra produtivo e beira uma distorção proposital do verdadeiro cerne do debate: a distonia entre o texto constitucional e o entendimento do STF.

Além de a distinção entre culpabilidade fática e normativa, entre questão de fato e de direito ser censurável, é inegável que não se pode aviltar a importância do debate das questões jurídicas no processo penal em favor de um apressado combate à impunibilidade ou qualquer outro argumento político-demagógico, pois tratam-se de regras que, supostamente, devem figurar acima dessas questões passageiras.

4.4 Momento de definição constitucional da culpa no direito brasileiro como marco eficiente para início da execução da pena

Enfim, ainda que sejam superadas essas questões, encontra-se para o STF o óbice maior: o texto constitucional. Ora, a CF claramente explicita que a presunção de inocência prevalecerá “até o trânsito em julgado”. Este, como visto, ocorre apenas após a coisa julgada formal e material.

A escolha do constituinte foi clara e, ainda que se invoquem argumentos trazidos do direito comparado, esses não prosperam. De fato, a maioria dos países, e até mesmo tratados internacionais, não dizem o momento em que deve cessar a presunção de inocência como regra de julgamento ou regra técnica, nos EUA, por exemplo, há Estados em que a execução penal se dá após condenação de primeiro grau. Mas, no Brasil, nossa CF foi além e definiu precisamente o momento em que deve cessar a presunção de inocência, que é o trânsito em julgado, prevalecendo a culpabilidade normativa: a lei é quem define o momento de definição da culpa do acusado.

Tudo se resume ao texto constitucional e ao conceito de trânsito em julgado.

Como visto, por trânsito em julgado entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, momento em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por

meio de recurso e tem início uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material (MOREIRA, 2011).

O texto constitucional, por sua vez, explicitamente exige o trânsito em julgado para que ocorra a formação de culpa do acusado, ainda que frágil, pois a coisa julgada só ocorre plenamente no processo penal com a sentença absolutória (LOPES JUNIOR, 2015).

Não se quer dizer, no entanto, que o acusado somente pode ser levado à prisão com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Como se sabe, o próprio CPP prevê medidas cautelares que podem e devem ser aplicadas em caso de seu cabimento.

A moldura legislativa positivada no art. 5º, inciso LVII, permite uma variedade de interpretações quanto ao tratamento do acusado conforme o deslinde do processo (KELSEN, 2009). O que se diz é não ser possível ver executado o entendimento do STF, pois violador não apenas da presunção de inocência como colocada na Carta Maior, mas também de conceitos jurídicos seculares como coisa julgada e trânsito em julgado.

O que poderia ser posto em lugar da execução antecipada da pena abre espaço para debate criativo pois *n* soluções podem ser encontradas. Ainda assim, acreditaríamos ser a melhor solução a revogação do atual entendimento e utilização das medidas cautelares já existentes no seio do CPP.

5 Conclusão: Relembrar aos fundamentos do debate para solução da problemática

A presunção de inocência surgiu da necessidade de humanização dos procedimentos penais e a defesa do indivíduo, do ser humano, contra a pena e contra a violência física e simbólica do processo penal foram os catalisadores da evolução histórica e doutrinária do princípio que passa de norma processual à regra de tratamento e princípio jurídico que freia a atuação estatal e garante ao indivíduo sua liberdade.

O significado da presunção de inocência como princípio jurídico se elide até mesmo para os mais qualificados juristas. Na dúvida, devemos nos ater aos critérios básicos de sua composição e significado, construídos historicamente e universalmente aceitos: presunção de inocência como regra de julgamento, de tratamento, e como defesa contra a atuação estatal.

Ao preservarmos, no mínimo, estes três componentes, a resolução de qualquer busfílis dentro do processo penal fica não apenas mais simples, como também mais justa, e respeitosa aos direitos e garantias individuais.

É temerosa qualquer tentativa de redefinição conceitual que vise uma inovação para além do que é historicamente estabelecido e aceito dentro do Direito. Certos limites existem pois além deles temos a distorção, o conflito, a contradição.

É certo que o STF incorreu em grave mácula ao se sobrepujar em relação à historicidade do Direito e às expectativas justas da comunidade jurídica, a repercussão de sua recente decisão sobre a execução antecipada da pena foi, no mínimo, negativa. A demora em enfrentar os argumentos trazidos nas ADCs 43 e 44 apenas minam a instituição. A insegurança jurídica deve ser superada.

Embora seja louvável o ânimo pelo combate à corrupção, aos crimes do colarinho branco, e em geral, a impunidade, este não pode vir às custas de conquistas democráticas. A atuação jurídica deve manter-se ligada à realidade social, mas não tanto que se deixe levar por cada fagulha situacional que a política e o grito popular exijam que se conduzam os agentes do Direito.

A atuação institucional daqueles que compõe a administração da justiça deve ser, principalmente na seara penal, em prol dos direitos e garantias conquistados no passado, ainda que contra os anseios populares.

O debate deve se focar não na prática de outros países ou em questões secundárias como o debate entre efeito suspensivo ou culpabilidade fática ou normativa. Estas questões importam para enriquecer os fundamentos de cada posição, no entanto, vemos que no cerne está a redação constitucional *versus* o posicionamento do STF.

Parece óbvio que a tese firmada pelo STF vai de encontro ao texto constitucional, e aqui

não há de se falar em interpretar o inciso LVII, lembremo-nos da renomada lição: *in claris cessat interpretatio*. Além disso, se não se puder superar os ditames constitucionais, como poderia ser justificável um debate conceitual infralegal?

Assim, acreditamos ser necessária a superação do entendimento firmado no Tema 925 e HC 126.292, sendo necessário, se não o retorno ao entendimento anterior sedimentado no HC 84.078, que seja definido novo protocolo que esteja conforme as regras constitucionais do processo penal, para que retorne-se à situação de atuação harmônica dos operadores que movem o processo penal.

Referências

- ALEXYS, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 294–304, September 2000.
- ALVIM, J. E Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.
- ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. 110 p. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual Dos Recursos Penais**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não se valorização de provas em recurso especial e extraordinário. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2vN12IQ>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Pillares, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/8arZbk>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. 1^a. ed. Oxford: Clarendon Press, 1765–1796. IV. Disponível em: <<https://goo.gl/3hd5BX>>. Acesso em: 27 out. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S.l.]: Senado, 1988.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento comum: ordinário e sumário**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.2.
- CAMARGO, Mônica Ovinski de. **O Estado e o Indivíduo: o Conflito Entre Punir e Libertar: História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)**. 292 p. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 1^a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do estado e da constituição**. 21^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. v.1.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Direito constitucional positivo**. 21^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. v.2.

- DUFF, Antony. Presumptions broad and narrow. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, Boom juridisch, v. 3, p. 268–274, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: a teoria do garantismo penal. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FILHO, Marcio Geraldo Britto Arantes. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista Liberdades**, n. 4, p. 24–43, maio-agosto 2010.
- FLETCHER, George P. Two kinds of legal rules: A comparative study of burden-of-persuasion practices in criminal case. **R The Yale Law Journal**, v. 77, n. 5, p. 880–935, abril 1968.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.
- FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme (1789). **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Assembléia Nacional, 1789. Disponível em: <<https://goo.gl/5sCxQh>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GUIMARAES, Luiz Machado. **Estudo de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Oxford: Oxford University Press, 1660. Disponível em: <<https://bit.ly/2BuqpwP>>. Acesso em: 03 maio 2018.
- HRUSCHKA, Joachim. Die unschuldsvermutung in der rechtsphilosophie der aufklärung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, de Gruyter, v. 112, n. 2, p. 285–300, fevereiro 2009.
- JONG, Ferry de; LENT, Leonie van. **The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle**. [S.l.], 2016. v. 12, n. 1, 32-49 p. Disponível em: <<https://bit.ly/2H5cwNj>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8^a. ed. São Paulo: WMF Martins, 2009.
- LIMA, Ricardo Juvenal. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. 106 p. Dissertação (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ediciones Juridicas Europa-America, 1951.
- MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho Procesal Penal**. Cordoba: Imprenta de la Universidad, 1969. II.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 92.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, Revista dos Tribunais Online, v. 6, p. 679, Outubro 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2r0c4VC>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

NEWMAN, Simon. **Law in the Middle Ages**. [S.l.], 2014. Disponível em: <goo.gl/xXNDi8>. Acesso em: 20 jun. 2017.

NUNES, Flávio Augusto. **Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo**. 110 p. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ONU. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris: United Nations General Assembly, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SHAFFERN, Robert W. **Law and Justice from Antiquity to Enlightenment**. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/761SXw>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

STF. Habeas corpus 67.245/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. 1989. Disponível em: <<https://goo.gl/F4krtZ>>. Acesso em: 29 out. de 2017.

STF. Habeas corpus 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/VLT9Pt>>. Acesso em: 20 jan. de 2018.

STF. Ação declaratória de constitucionalidade 43/df. Relator: Ministro Edson Fachin. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2HTasHu>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

STF. Ação declaratória de constitucionalidade 44/df. Relator: Ministro Edson Fachin. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2HZvFxb>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Teori do stf contraria teori do stj ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Fiogpz>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Uma adc contra a decisão no hc 126.292 — sinuca de bico para o stf! 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2HXF9sF>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Who is presumed innocent of what by whom? **Criminal Law and Philosophy**, Springer Netherlands, v. 8, n. 2, p. 301–316, junho 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

WEIGEND, Thomas. There is only one presumption of innocence. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, Boom juridisch, v. 3, p. 193–204, 2013.

WEIGEND, Thomas. Assuming that the defendant is not guilty: The presumption of innocence in the german system of criminal justice. **Criminal Law and Philosophy**, Springer Netherlands, v. 8, n. 2, p. 285–299, junho 2014.

WROBLEWSKI, Jerzy. **Structure et fonctions des présomptions juridiques.** In **C. Perelman and P. Foriers(eds.), *Les présomptions et les fictions en droit.*** Bruxelles: Bruykan, 1974.