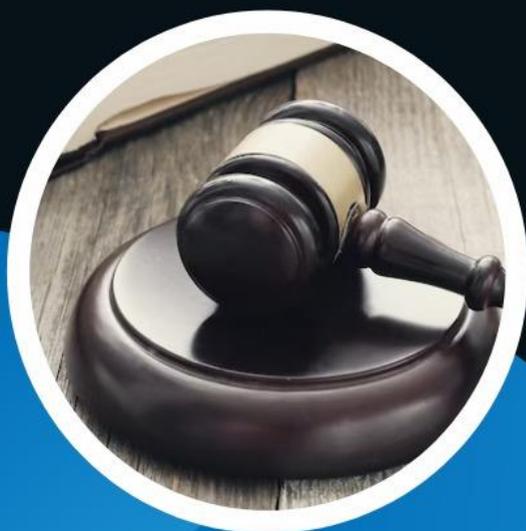


Iron Silva Muniz

**PRINCÍPIO DA
NÃO CULPABILIDADE
NO *DIREITO PENAL*
*BRASILEIRO***



Editora
DIN.CE

IRON SILVA MUNIZ

**PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**IN.CE**
Fortaleza-CE
2023

© Copyright 2023 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Da Autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

MUNIZ, Iron Silva

PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO

Editora DINCE 2023. 62 p. Impresso

ISBN: [978-85-7872-616-4](#)

1. Direito Penal 2. Princípios 3. Presunção de Inocência I. Título

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DO AUTOR** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Dedico este trabalho a Deus, a
minha família, meus amigos e a
você que teme em mãos.

AGRADECIMENTOS

Nenhum homem é uma ilha. Com essa frase inicial gostaria de deixar clara a minha crença de que nada do que alcancei e me tornei, dependeu única e exclusivamente de mim. Tenho muita sorte da vida que levei, e isso me privilegiou muito para chegar onde cheguei. E gostaria de retribuir toda esta sorte que eu tive com muito trabalho e dedicação para tentar deixar o mundo um lugar melhor para as pessoas que não tiveram as mesmas condições que eu. Se eu conseguir tornar o mundo um pouco melhor do que ele está hoje, terei cumprido parte deste meu permanente objetivo.

Os agradecimentos abaixo não são apenas em relação às contribuições deste trabalho, mas para as pessoas que trouxeram sorte a minha vida.

Sempre me causa uma imensa felicidade quando vejo uma dedicatória a Deus. E assim tem que ser, já que Ele é o alfa e o ômega, e Dele é toda a honra e toda a glória, pois, sem Ele, absolutamente nada seria possível. Foram várias as noites que nós dois passamos juntos debruçados nos estudos, realizando pesquisas, leituras, redações e revisões.

Agradeço também aos meus pais, Teresinha Fátima Jordão da Silva e José Rodrigues Muniz, que sempre me deram muito amor e suporte para uma vida boa, mansa e pacífica. Nunca me faltou nada: comida, estudos, lazer e amor. Muito pelo contrário, tudo o que pedi e precisei me foi dado. Sempre apoiaram e respeitaram as minhas convicções, muitas delas diferentes das deles.

Também agradeço à Myriam Almeida, não apenas pela contribuição neste trabalho, mas por toda a contribuição feita em minha vida.

Agradeço, ainda, ao Professor Giovane Santin, pois a ideia original de estabelecer a distinção entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade é dele. Também foram sempre muito esclarecedoras as conversas e as orientações sobre o tema e sobre tudo mais que precisei. A proposta que será apresentada em seguida não seria possível sem ele.

Sou grato a tantas pessoas que me influenciaram e nem sequer sabem. Foram tantos autores, atores, doutrinadores, professores, personagens (reais e fictícios), filósofos, amigos e adversários que perco a conta.

Agradeço a minha irmã espiritual, Michella Lopes Velasquez, fonte de caráter, persistência, humildade, simplicidade, bom humor e gentileza. Obrigado por ser meu exemplo e impulso na busca da melhor versão de mim mesmo.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a minha noiva e futura esposa, Fernanda Malheiros Souza,

peessoa que amo profundamente. O carinho, amor e companheirismo proporcionados por alguém tão incrível, bem humorada e batalhadora me motiva todos os dias a levantar e seguir batalhando pelos meus objetivos. Obrigado por me fazer um homem feliz e de sorte.

APRESENTAÇÃO

Em precedente atualmente superado, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, entendeu que a execução provisória da pena após a decisão de segundo grau não viola ao princípio da presunção de inocência. Argumentando que a referida decisão, embora dotada de certa lógica, não se sustenta nem do ponto de vista jurídico e nem do social, a presente proposta objetiva estabelecer uma distinção entre o princípio da presunção de inocência, contido nos tratados internacionais, e o princípio da não culpabilidade, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Diante desta diferenciação, o princípio da presunção de inocência não é aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, apenas o princípio da não culpabilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|--|
| ADC | Ação Declaratória de Constitucionalidade |
| ADIN | Ação Direita de Inconstitucionalidade |
| ART. | Artigo |
| CADH | Convenção Americana de Direitos Humanos |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CRFB/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| DUDH | Declaração Universal de Direitos Humanos |

HC Habeas Corpus

MC Medida Cautelar

MS Mandado de Segurança

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPÍTULO 1 - DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: O BRASIL ADOTA MESMO O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA? | 15 |
| CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA O DIREITO COMPARADO E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE PARA O DIREITO BRASILEIRO: A SUPERFICIALIDADE DA INVOCAÇÃO DO DIREITO COMPARADO | 33 |
| CAPÍTULO 3 - DO ASPECTO SOCIAL DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA | 43 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 57 |
| REFERÊNCIAS | 61 |

INTRODUÇÃO

Atualmente o Supremo Tribunal Federal entende que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado é inconstitucional. O tema foi decidido no julgamento definitivo em sede de controle de constitucionalidade pelas ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em 07/11/2019. Embora seja difícil afirmar que o tema encontra-se pacificado, uma vez que a jurisprudência sobre a execução provisória da pena sofreu algumas reviravoltas na última década, pelo menos por enquanto, não há previsão de alteração da jurisprudência da Suprema Corte.

No entanto, em razão da possibilidade de nova alteração da jurisprudência, permitindo novamente a execução provisória da pena, é indispensável revisar o tema e analisar a validade dos pontos centrais acerca da possibilidade ou não da execução antecipada da pena.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal manifestou pela constitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Os ministros que entenderam não haver violação ao princípio da presunção de inocência fundamentaram seus votos nas mais variáveis teses: desde a possibilidade da graduação da culpa, passando

pela ponderação entre os princípios constitucionais, pelo direito comparado, na necessidade de efetividade da justiça e, ainda, em questões políticas e morais. Até mesmo, em certo momento levantou-se o argumento de “a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência”.

Embora respeitáveis as teses dos eminentes ministros à época, deve-se entender que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado fere o princípio da não culpabilidade. Para fins didáticos, sustenta-se a tese dividindo a presente proposta sob dois enfoques: um aspecto normativo (teórico) e outro aspecto social (empírico).

Por meio do aspecto normativo, serão abordadas duas vertentes: a primeira será uma rápida rememoração de como a inocência vem sendo tratada pelo Supremo Tribunal Federal e de como os tratados internacionais influenciaram o estado de inocência na Constituição Federal de 1988. A partir daí, será proposta uma diferenciação entre o princípio da presunção de inocência, que vigora no âmbito internacional, e o princípio da não culpabilidade, adotado pelo legislador constituinte pátrio. Ambos os princípios possuem diferenciações que acabam por incidir na aplicação do *jus puniendi* estatal brasileiro. Entretanto, ainda que proposta a nomenclatura para a diferenciação do princípio, o caráter terminológico encontra-se em segundo plano. O principal objetivo da presente proposta é demonstrar as diferenças semânticas e normativas entre o princípio que vigora na ordem nacional e o que vigora na ordem internacional. Inclusive, pede-se atenção ao leitor para que observe que, em um primeiro momento, os princípios da presunção de

inocência e da não culpabilidade são tratados como sinônimos. Posteriormente há, no transcorrer do texto, a diferenciação terminológica dos princípios.

A segunda vertente, ainda do aspecto normativo, será uma breve comparação entre o princípio da presunção de inocência no Brasil e nos demais países. Já não se trata de comparação entre a presunção de inocência que vigora nos tratados internacionais o qual influencia a ordem jurídica pátria, mas de direito estrangeiro que aqui, pelo menos juridicamente, manifesta-se pelo diálogo das cortes.

Já pelo aspecto social, será abordado que a execução provisória da pena não é, necessariamente, um meio de trazer eficiência à prestação jurisdicional. Em outras palavras, o aguardo do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena não é o motivo determinante da morosidade da persecução criminal.

Conforme já ressaltado, o objetivo da presente proposta é, primeiramente, trazer uma distinção entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade adotado pela Constituição da República de 1988. No entanto, busca-se também, de forma secundária, realizar uma crítica à posição do Supremo Tribunal Federal que, de 2016 a 2019, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, uma vez que os recursos de natureza especiais, isto é, o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, não possuem o efeito suspensivo.

Outra questão pertinente a ressaltar: a proposta não

busca trazer um amontoado de conceitos jurídicos da doutrina, da jurisprudência e da lei, seguido de uma evolução do princípio desde os tempos, por exemplo, romanos e gregos, passando pelo direito germânico, etc., até os dias atuais. Não se trata de uma enciclopédia jurídica. A revisão inicial da jurisprudência do Supremo durante o período em que entendeu pela constitucionalidade da execução provisória da prisão pena é apenas uma forma de que aqueles que estão se deparando pela primeira vez com o princípio da não culpabilidade (ou, ainda neste momento, tratando-se como sinônimo do princípio da presunção de inocência) tenham uma noção do que se trata. O objetivo não é esgotar o assunto. Pelo contrário, busca-se apenas dar um “pincelada” para que o leitor procure novas fontes de conhecimentos e discussões sobre este princípio e veja queos argumentos do STF, que trata ambos os princípios como sinônimos, não se sustentam nem juridicamente e nem socialmente.

CAPÍTULO 1

DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: O BRASIL ADOTA MESMO O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

Para relembra a ordem dos fatos, remete-se que anteriormente a 2009, o STF entendia pela possibilidade da execução provisória da pena. Ou seja, o acusado condenado por sentença de primeiro grau poderia iniciar provisoriamente o cumprimento da pena definitiva, ainda que a referida sentença fosse passível de apelação. Inclusive, o próprio Supremo reconhecia a recepção do art. 594 do Código de Processo Penal que exigia o recolhimento à prisão do réu para a interposição de recurso.

Em 2009, através do julgamento do HC 84.078/MG, da relatoria do Ministro Eros Grau, o STF alterou a sua jurisprudência através de um *overruling* ao concluir que a execução provisória da pena, sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, violava o

princípio da presunção de inocência. De fato a decisão do Supremo estava acertada, uma vez que o princípio da presunção de inocência, verdadeira garantia consagrada no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88, versa que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, a interpretação realizada pela Corte Constitucional estava alinhada aos ditames do texto constitucional.

Todavia, no dia 17 de fevereiro de 2016, o STF julgou o HC 126.292/SP, com a relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, entendeu, por uma maioria de 7 a 4, que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado não viola ao princípio da presunção de inocência. De forma mais minuciosa, o acórdão versou que como os recursos extraordinários não possuem o efeito suspensivo, mas apenas o efeito meramente devolutivo, não se caracterizaria o trânsito em julgado. Ficou permitida a execução provisória da pena após a confirmação da sentença pelo tribunal de segunda instância.

O problema é que o Supremo Tribunal Federal tratou o princípio da presunção de inocência como algo unívoco, que é aplicado de forma idêntica a toda a legislação nacional, internacional e comparada, o que não é, nem de perto, uma verdade. Isto porque cada ordenamento jurídico tem a faculdade de estabelecer de forma distinta a aplicação de suas normas, nos limites que lhe são pertinentes. Posto isso, o princípio da presunção de inocência, ainda que trazido por um tratado internacional de direitos humanos, pode muito bem ter a sua aplicação de forma diferenciada no Brasil. Mais que isso, o princípio da presunção de inocência brasileiro pode ser distinto do princípio da presunção de inocência trazido

em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica.

Assim, se o princípio da presunção de inocência não pode ser tratado como algo unívoco, já que dependendo do ordenamento jurídico em que se encontra inserido (internacional, estrangeiro ou nacional) é aplicado de forma diferente em situações semelhantes, nada mais conveniente que denominá-lo com uma nomenclatura diferente. Entretanto, para estabelecer uma nomenclatura que expresse a diferença entre a aplicabilidade da inocência, é necessário realizar uma pequena digressão.

Embora a denominação de princípio como “presunção de inocência” seja a mais utilizada pela doutrina brasileira, ainda há aqueles que optam pela terminologia “presunção de não culpabilidade”, “proteção dos inocentes” ou “estado de inocência”. Outros ainda tratam presunção de inocência e de não culpabilidade como sinônimo. (COSTA, Domingos Barroso da; EGG, Geraldo Felisberto, 2011).

Ocorre que, em razão do posicionamento do STF no HC 126.292/SP, sob risco de nova virada jurisprudencial, a questão deixou de vez de ser meramente terminológica, por mais que os próprios ministros tenham tratados as referidas denominações do princípio da presunção de inocência como sinônimo em seus votos. Existe uma necessidade de diferenciação dos diversos âmbitos de aplicação do princípio da inocência. A discussão já transcende a terminologia adotada do referido princípio, abarcando também o seu aspecto semântico.

As fundamentações dos ministros que votaram a favor da execução antecipada da pena foram diversas, dentre elas as de ordem moral, política, de direito comparado e de direito internacional¹. As repercussões e as fundamentações políticas, morais e jurídicas de direito comparado sobre o HC 126.292/SP serão mais bem explanadas e avaliadas a frente. No entanto, é imperioso discutir neste momento a questão do direito no âmbito internacional, tendo em vista que este ponto influencia o ordenamento jurídico pátrio pelo diálogo das cortes.

Vale lembrar que o princípio da presunção de inocência antecede à Carta de 1988, uma vez que já teria sido incorporado pela ordem constitucional brasileira por meio do art. 153, §36 da Constituição de 1967/69 que dispunha que a adoção dos direitos e garantias daquela Constituição não excluía outros decorrentes de regimes e princípios por ela adotados. Assim, o referido princípio de caráter universal teria sido incorporado como postulado decorrente da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 10 de dezembro de 1948 (BRANCO Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, 2015, p. 536 e 537).

¹ Adotou-se aqui três expressões distintas: direito extranacional, direito internacional e direito comparado. No contexto do presente texto, a expressão direito extranacional se refere a um gênero das quais são espécies o direito internacional e o direito comparado. Utilizamos o termo “direito internacional” para empregar basicamente todas as normas que emanam de tratados ou convenções que podem influenciar no ordenamento jurídico interno brasileiro. Por sua vez, o termo “direito comparado” foi utilizado para empregar toda a comparação entre o ordenamento jurídico nacional e de diferentes Estados, que não influenciam diretamente o ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que mesmo nesta época, antes da Constituição de 1988, o STF entendia pela possibilidade da execução provisória da pena por advir de princípio de índole internacional ao qual o Brasil havia aderido à DUDH, ainda que a referida declaração não possuísse caráter normativo vinculativo, conforme entende a maioria da doutrina. Em seu artigo XI é versado que todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

No entanto, conforme já salientado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a consagração da garantia da presunção de inocência, porém com contornos mais específicos, uma vez que a redação se deu de forma mais abrangente da que versava a DUDH, tendo em vista que atribuiu a palavra “considerar” ao invés de “presumir”. Versou ainda sobre “culpabilidade” e não sobre “inocência”. Também dispôs o termo “até o trânsito em julgado” e não atribuiu a possibilidade de limitação legal, já que não há qualquer menção “de acordo com a lei”. Em outras palavras, a norma constitucional é de verdadeira eficácia plena, cuja aplicabilidade é direta, imediata e integral e impossível de ser restringida. Assim, é certo que houve pela Carta Magna uma diferenciação entre o princípio da presunção de inocência contido na DUDH e da presunção de inocência nela contida.

Propõe-se aqui, então, que ao invés da denominação “princípio de presunção de inocência” para a garantia fundamental elencada pela Carta da República de 1988, seja acatada a denominação de “princípio da não

culpabilidade”, reafirmando-se, mais uma vez, que o principal objetivo não é debater nomenclaturas. O que realmente se busca aqui é diferenciar semanticamente o princípio constitucional do princípio internacional.

Antes de se adentrar nas diferenças semânticas entre os dois princípios, é necessário esclarecer um aspecto sobre a questão terminológica do motivo da denominação “princípio da não culpabilidade”, apenas para atender ao rigor técnico. É oportuno que, ao contrário do que traz o “princípio da presunção de inocência”, se suprima a expressão “presunção” do princípio da não culpabilidade. É que, seguindo a linha de Pacelli e Mirabete, o texto constitucional não versa que o indivíduo é presumido não culpado, mas que ele realmente não será considerado culpado até trânsito em julgado.

[...] o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal (Oliveira, Eugênio Pacelli de, 2014, p. 48).

Mirabete (2008, p. 23) entende ainda pela denominação do princípio por “não culpabilidade”:

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma *tendência* à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um *estado de inocência*, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não culpabilidade”. Por isso, nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Ainda sobre a questão terminológica, é importante fazer outra consideração: até os dias atuais ainda vigora uma resistência por parte da doutrina na denominação de “princípio da presunção de não culpabilidade”. Para Manzini, idealizador do referido princípio, que se diferenciava do princípio da presunção de inocência, o afastamento da tese de acusação por parte da defesa não necessariamente acarretaria na consequente inocência do réu, mas apenas declararia que o mesmo não seria condenado culpado. Todavia, tal tese oriunda dos regimes totalitários da primeira metade do século XX, inclusive adotada no Estado Novo de Getúlio Vargas, é amplamente rechaçada pela doutrina atual, motivo pelo qual não devemos mais nos deixar assombrar pelo fantasma de Manzini e de sua presunção de culpabilidade (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2013).

Assim, quando o Supremo, no julgamento do HC 126.292/SP, entendeu que não houve violação ao princípio

da presunção de inocência, pode-se dizer que a Corte teria interpretado corretamente se estivesse tratando do princípio da presunção de inocência adotado pela DUDH. O mesmo poderia ser dito em relação ao princípio da presunção de inocência adotado pela Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH. No entanto, é certo que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado viola ao princípio da não culpabilidade, uma vez que extrapolou os limites literais delineados pela própria Constituição de 1988.

Conforme já salientado, da mesma forma que o princípio da não culpabilidade não se confunde com o princípio da presunção de inocência contido na DUDH, ele também não se confunde com o princípio presunção de inocência contido na CADH, que em se art. 8º, 2, dispõe que *“Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”*.

É importante lembrar que a CADH, embora de 22 de novembro de 1969, só foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, possuindo caráter supralegal². Portanto, se a Constituição é mais garantista que uma norma que lhe é de hierarquia inferior, deve prevalecer a Constituição. Deve-se prevalecer a norma mais favorável ao indivíduo, seja de direitos humanos, seja de direitos fundamentais. Além do mais, mesmo o tratado tendo sido incorporado posteriormente à Constituição no

² Segundo o STF (RE 466.343/SP), os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/04 ou que não observarem as regras do art. 5º, §3º, da CRFB/88 possuem status de norma supralegal, isto é, encontram-se acima da legislação infraconstitucional, no entanto, ainda permanecem abaixo das normas constitucionais.

ordenamento jurídico, não há como acatar suposto argumento de que atribuiu interpretação diversa ao princípio da não culpabilidade, porque a Constituição é literal, o que limita qualquer possibilidade de mutação constitucional.

Analisando o princípio constitucional da não culpabilidade e o princípio convencional da presunção de inocência, podemos chegar basicamente as seguintes diferenças:

A primeira diferença entre o princípio da não culpabilidade e a presunção de inocência reside nos verbos, portanto, nos comandos. Enquanto a Carta Constitucional traz o verbo “considerar”, tanto a DUDH quanto o CADH trazem o verbo “presumir”. Em um primeiro momento pode parecer que ambos os verbos denotam o mesmo significado, no entanto, a palavra presumir indica que algo deve ser levado em conta ainda que exista a possibilidade de não ser. É um juízo de suposição por antecipação. Pode, portanto, ser relativizado, uma vez que se trata de juízo prévio. Já o verbo “considerar” indica um juízo de certeza posterior a algo, que neste caso é o processo judicial, e que não admite qualquer relativização, já que se esgotou a cognição sobre o objeto. Porém, ainda para aqueles que insistem em tratar “considerar” e “presumir” como sinônimos, uma coisa é incontestável: por mais que todos os tratados tenham trazido o verbo presumir em seu enunciado, o legislador optou por não utilizá-lo.

A segunda diferença encontra-se na forma que ambos os princípios expressam a proteção do acusado.

Enquanto o princípio da presunção de inocência estabeleceu uma locução afirmativa, como o direito de ser presumido inocente, o princípio da não culpabilidade estabeleceu uma proposição negativa, ao estabelecer que *ninguém será considerado culpado* (Ramos, 2011). Assim, trazendo as considerações anteriores sobre “presumir” e “considerar”, notamos que o princípio da não culpabilidade é dotado de uma maior rigidez que o princípio da presunção de inocência. Enquanto a inocência pode ser relativizada, pois durante o processo o que era no começo presunção vai se tornando “certeza”, a culpabilidade não admite qualquer graduação, pois o juízo de cognição é o próprio termo final do processo, sendo um estado que ou se altera por completo ou não se altera.

Outra questão é que, diferente dos textos internacionais, a Constituição de 1988 estabeleceu como termo final para que alguém seja culpado o “trânsito em julgado”. Trata-se de expressa opção do constituinte em atribuir maior garantia ao cidadão frente ao Estado. Essa é a diferença nodal entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade, a maior amplitude que este possui em relação àquele ao garantir que o estado de inocência do acusado só se transformará em estado de culpado com a sentença irrecorrível.

Além das diferenças anteriores, o princípio da não culpabilidade se diferencia do princípio da presunção de inocência por se tratar de norma de eficácia plena, cuja aplicabilidade é direta, imediata e integral, isto é, não exige a elaboração de novas normas legislativas que lhes complementem o alcance e o sentido, ou que lhes fixem o conteúdo (normas de eficácia limitada), ou, ainda, possam ser restringidas pelo legislador nos termos da lei (normas

de eficácia contida). Isto porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, 2012, p. 60).

Diante das diferenças expostas, podemos chegar as seguintes conclusões:

a) O princípio da não culpabilidade é de índole constitucional. Já o princípio da presunção de inocência decorre de textos internacionais, podendo ocupar no ordenamento jurídico brasileiro o caráter de norma supralegal ou convencional.

b) De acordo com o princípio da não culpabilidade, é imprescindível que para o acusado ser considerado culpado haja a sentença transitada em julgado, não cabendo ao legislador, ou até mesmo ao magistrado, restringir a garantia estabelecida pelo texto constitucional. Por sua vez, o princípio da presunção de inocência não requer a sentença transitada em julgado para que o acusado seja considerado culpado, podendo isto acontecer no momento em que o legislador entender mais pertinente, desde que posteriormente a sentença condenatória de primeiro grau.

c) Pelo fato do princípio da não culpabilidade requerer a coisa julgada para que o acusado seja condenado a cumprir a pena, não há qualquer graduação de culpa, uma vez que se trata de um estado de inocência que só se altera quando a sentença passa de mutável para imutável. Por outro lado, o princípio da presunção de inocência admite a graduação de culpa, já que não requer

a sentença condenatória transitada em julgado para que haja a decretação de culpabilidade do acusado. Há, portanto, a mera presunção de inocência em um primeiro momento, que pode vir a ser flexibilizada no decorrer do processo conforme vão se prolatando as decisões. Existe uma preponderância de possibilidades entre as teses de acusação e de defesa que, conseqüentemente, congregaram em um resultado cada vez mais provável: culpado ou inocente.

d) Conseqüentemente, o princípio da não culpabilidade não admite a execução provisória da pena e muito menos a execução sumária da pena. Isto porque não admite a graduação de culpa, já que a inocência é um estado, e não há qualquer menção no texto constitucional possibilitando a execução provisória (ou sumária) da pena antes do trânsito em julgado. É, ainda, ilógico e arbitrário que um inocente cumpra a prisão pena. Em sentido diverso, o princípio da presunção de inocência, por possibilitar a graduação da culpa não veda a execução provisória da pena, embora seja dúbia a possibilidade de execução sumária da pena.

e) Não obstante estas sejam as distinções entre os princípios, finaliza-se ressaltando que ambos possuem semelhanças entre si, pelo menos no que tange ao juízo de primeira instância. Assemelham-se partindo do ponto que ao réu não recai o ônus de provar a sua inocência, pois cabe ao acusador comprovar a sua culpa. Para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é o réu o responsável pelo delito, bastando para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*), conforme leciona Mirabete (2008, p. 23). Nenhum dos dois princípios veda a prisão cautelar.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA O DIREITO COMPARADO E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE PARA O DIREITO BRASILEIRO: A SUPERFICIALIDADE DA INVOCÇÃO DO DIREITO COMPARADO

Não são raras as remissões e comparações entre o princípio da não culpabilidade adotado pela Constituição Federal de 1988 e o princípio da presunção de inocência adotado por outros países e pelos demais tratados internacionais. Muitas dessas comparações buscam, de forma generalizada, comparar o direito que aqui é aplicado, decorrente de características e necessidades próprias daqui, com o direito aplicado em outros países, que, no entanto, possuem características e necessidades próprias diversas. Ou seja, tratam o direito muitas vezes como se fosse unívoco e universal aplicável de igual forma em todos os locais.

Neste sentido foi o julgamento do HC 126.292/SP, em que o relator, ministro Teori Zavascki, juntamente com outros ministros, levantaram como fundamento para a execução provisória da pena a forma de aplicação do princípio da presunção de inocência em diversos países,

dentre eles a Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá, a Alemanha e outros.

O ministro Teori Zavascki suscitou que na Inglaterra houve restrição ao procedimento de liberdade provisória, sendo que a regra é o aguardo do julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade de fiança. Todavia, é importante ressaltar que na Inglaterra, especificamente, não se vigora o mesmo modelo constitucional adotado no Brasil. Até porque, obviamente, nenhum país possui uma ordem jurídica igual ao outro, motivo pelo qual é imprescindível a cautela ao realizar o estudo do direito comparado. Na Inglaterra ainda vigora a Supremacia do Parlamento, em que não há uma constituição rígida, escrita e dogmática, mas sim uma constituição flexível, costumeira e histórica, o que possibilita uma flexibilização da inocência, já que não há uma vinculação por uma “constituição rígida” com cláusulas pétreas.

Ao tratar dos Estados Unidos, o ministro afirmou que o princípio da presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional, sendo fruto da jurisprudência norte-americana. Arguiu ainda que a própria legislação infraconstitucional prevê a possibilidade do cumprimento imediato das decisões condenatórias ainda que pendentes de revisão.

Entretanto, como o próprio ministro ressaltou, não há previsão expressa do princípio da presunção de inocência, sendo ele fruto da construção jurisprudencial norte-americana, portanto não há como afirmar que se viola o estabelecido pelo legislador constituinte diante da

ausência de disposição expressa do texto constitucional. No mais, uma diferença entre o princípio norte-americano da presunção de inocência, construído jurisprudencialmente, e o princípio brasileiro da não culpabilidade reside no fato de que aquele, por não à exigência expressa do trânsito em julgado prevista no texto constitucional, pode sofrer influência das normas de direito internacional, ao passo que aqui, ainda que sofra influência, possui limites delineados pelo próprio texto constitucional.

Não obstante às diferenças normativas que existem entre o direito norte-americano e o direito brasileiro, não menciona o ministro que os Estados Unidos, no campo penal e prisional, não é um exemplo a ser seguido. Isto porque os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo e vem se mostrando extremamente ineficaz na prevenção e na repressão dos delitos.

O sistema criminal norte-americano, assim como o nosso, uma vez que o Brasil vem, cada vez mais, importando institutos normativos dos Estados Unidos, não pode ser classificado como um sistema gerador de impunidade. Pelo contrário, os Estados Unidos e o Brasil que possuem, respectivamente, a primeira (2,2 milhões de pessoas) e a quarta (644 mil pessoas) população carcerária do mundo geram um sistema de seletividade onde se pune em sua esmagadora maioria pobres e negros.

Já no que se refere à Constituição Francesa de 1958, o ministro Teori Zavascki frisou ainda que ela adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que possui o princípio da presunção de inocência explícito, mas mesmo assim, o Código de Processo Penal Francês vem sendo reformado, trazendo em seu art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir mandado de prisão, mesmo penderem outros recursos.

Ocorre que, conforme já salientado, o princípio da presunção de inocência não se confunde com o princípio da não culpabilidade. Os países que adotaram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica ou outras declarações ou tratados, nada mais adotaram que um mínimo a ser observado no que tange à presunção de inocência.

Conforme já analisado no primeiro capítulo, o princípio constitucional brasileiro da não culpabilidade foi uma ampliação ao princípio da presunção de inocência. Enquanto este apenas traz a proteção do acusado no desenvolver processual, não estabelecendo até quando esta proteção teria fim, o princípio da não culpabilidade traz de forma expressa o termo final em que o acusado seria considerado inocente: o trânsito em julgado.

Desta forma, analisar se determinado país tenha ou não aderido aos mesmos tratados de direitos humanos que o Brasil é uma questão secundária. Isso porque, primeiramente, a inocência deve ser analisada sobre o filtro constitucional de cada país.

Continuou ainda o ministro que a Espanha seria outro país que, embora possuísse o princípio da presunção

de inocência como garantia constitucional, também vigoraria o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Ressaltou ainda que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância inferior.

No entanto, rebatendo os argumentos do ministro Teori Zavascki, Gustavo Badaró e Aury Lopes Jr (2016), versam que, sobre o direito comparado, mais precisamente a Constituição Espanhola:

Aliás, é de se observar que, algumas Constituições modernas não estabelecem o momento final da presunção de inocência. No continente europeu, no art. 24.2 da Constituição Espanhola de 1978, prevê que “todos têm direito a um Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.

Já na Alemanha, foi ressaltado pelo relator do HC nº 126.292/SP que o Código de Processo Alemão prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. E brevemente concluiu o ministro que “não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que

nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo”. Todavia, Lenio Streck (2016), contradizendo especificamente a decisão do Supremo, escreveu:

Dirão outros: mas na Alemanha o sujeito não pode recorrer à vontade. Ora, isso é uma falácia. No Brasil também não se pode recorrer à vontade. Existem requisitos de admissibilidade. E a Constituição Federal e a lei permitem a liberdade até o trânsito em julgado (cujo nome não pode ser trocado só porque se quer).

Aury Lopes Jr (2016), também criticando abertamente a decisão do Supremo, ainda mais no referente aos argumentos fundados no direito comparado, salientou:

“E a invocação do “direito comparado” para justificar? Foram generalizações que desconsideraram as inúmeras diferenças entre os sistemas jurídicos, que começam na investigação preliminar (nos Estados Unidos o modelo é policial, mas eles possuem — no âmbito estadual — mais de 17 mil agências policiais... na França o modelo é de Juiz de Instrução e na Alemanha, desde 1974, é um modelo de promotor investigador)[5], passando pelo julgamento de primeiro grau (há uma distinção crucial: são países que adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, completamente distinto do nosso, cujo julgamento é monocrático (juiz singular), passando pelas diferenças no

sistema recursal edesaguando na absoluta diferença do sistema carcerário (sobre isso, nem preciso argumentar...). Sem falar na diversidade de políticas criminais e processuais. Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê

– ao contrário das invocadas – a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.”

Em análise feita, através de seu voto no julgamento da MC das ADCs 43 e44, o ministro Celso de Mello versou de forma clara sobre a diferença entre a aplicação do princípio da presunção de inocência e do princípio da não culpabilidade. Vejamos:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa, na República Federal da Alemanha, no Reino da Espanha e na República Portuguesa, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo

porque não contêm cláusula como aquela inscrita em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII), o que revela ser mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental.

Conforme já ressaltado, não é o objetivo da presente proposta debater ponto por ponto a aplicação do princípio da presunção de inocência em cada país, portanto, tratamos apenas alguns deles para demonstrar a conclusão irrefutável de que não se pode ter como fundamento a aplicação de um direito comparado para sustentar a tese de uma alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Cada país deve legislar de acordo com a sua opção política constitucional e infraconstitucional, não cabendo ao Poder Judiciário suprimir essa discricionariedade.

Neste sentido, a Constituição de 1988 traçou uma diferença semântica entre o princípio da não culpabilidade e o princípio da presunção de inocência. Assim, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que sob o diálogo das cortes, invocar argumentos de direito comparado, afirmando que determinados países aplicam o princípio da presunção de inocência e, portanto, ele deve ser aplicado ao Brasil. Deve-se analisar, não apenas os tratados internacionais, mas também se a Constituição destes países estabelece de forma explícita e literal a presunção de inocência ou se ela foi uma construção jurisprudencial.

Além disso, caso a Constituição tenha sido literal em afirmar este princípio, deve-se analisar qual o vocábulo trazido nesta norma para averiguar se é dotada de conceitos normativos mais abertos ou mais fechados.

Portanto, antes de buscar se equiparar aos demais países, o Brasil deve olhar para si mesmo, respeitando suas próprias normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. Pois é certo que, nenhum dos tantos países invocados no voto do ministro relator, usados como parâmetros para legitimar a alteração interpretativa que ocorreu do texto constitucional, transformando o princípio da não culpabilidade em princípio da presunção de inocência, permitem que a sua Corte Constitucional solape a sua Constituição, não respeitando o que por ela é definido com clareza, alterando, literalmente em uma única tarde, as regras do jogo democrático.

CAPÍTULO 3

DO ASPECTO SOCIAL DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CARTA BRANCA PARA A CURVATURA DO SUPREMO AO CLAMOR POPULAR

O Supremo Tribunal Federal, além de utilizar como argumentos o direito extranacional para, em 2016, fundamentar que não havia violação ao princípio da não culpabilidade ao permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, também se valeu de argumentos jurídicos, políticos, morais e estatísticos.

Assim, ao mudar o seu entendimento acerca do princípio da não culpabilidade, o STF se valeu da mutação constitucional, um método informal de alteração da Constituição, que inclusive que não é de monopólio do Judiciário, pois também pode ser utilizado pelo Executivo, Legislativo, por diversos órgãos do Estado e até mesmo pela própria sociedade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2013, p.153):

a mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social o por uma nova percepção do direito.

De certo, pode o Supremo realizar uma alteração na sua jurisprudência, já que o direito é dinâmico e necessita se adaptar às situações sociais, sem que, a todo o momento, seja necessário um dificultoso processo de reforma da Constituição. No entanto, a mutação constitucional é um instrumento que também se encontra sujeito a limites. Neste sentido, novamente nas palavras de Luís Roberto Barroso (2013, p. 150 e 151):

Por assim, ser a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte

originário.

Conforme disposto, o Supremo Tribunal Federal ao utilizar a mutação constitucional não pode ultrapassar os limites semânticos e gramaticais que de forma clara e precisa foram trazidos pelo texto constitucional. A consequência deste ato pode ser de que o órgão não apenas venha a interpretar a Constituição, mas reescrevê-la. O STF é o guardião do Texto Maior, não o seu dono.

Não há, portanto, como realizar mutação constitucional do princípio da não culpabilidade, insculpido no inciso LVII, art. 5º da CRFB/88, para que se possibilite a execução provisória da pena apenas suprimindo o termo “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” ou simplesmente negando aos recursos o efeito suspensivo. Trânsito em julgado não se trata de conceito jurídico indeterminado, aberto ou abstrato; trata-se sim de sentença imutável, aquela que não pode mais ser modificada por recurso.

A interpretação do dispositivo constitucional que veda a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado é tão evidente que até o próprio Ministério Público através da “Campanha 10 Medidas Contra a Corrupção”³ propõe, por meio da MEDIDA 4, o aperfeiçoamento do

³ Disponível em:

http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em 15 de set. de 2016.

sistema recursal penal. Para tal aperfeiçoamento foram propostas diversas alterações no CPP e até mesmo uma emenda constitucional para retirar, de forma expressa, os efeitos suspensivos dos recursos extraordinários e especiais. Há, ainda, a PEC 15/2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, que propõe alterar a Constituição para transformar os recursos extraordinários e especiais em ações rescisórias. Sem entrar no mérito das referidas propostas, uma coisa é certa: o próprio Ministério Público e membros do Legislativo propõem ser necessária a alteração da Constituição por meio de mecanismos formais.

No entanto, indaga-se, inclusive, se poderia haver a alteração do inciso LVII, do art. 5º da Constituição, por proposta de emenda constitucional, uma vez que o dispositivo se trata de cláusula pétrea. Sabe-se que os direitos protegidos por cláusulas pétreas podem ser restringidos desde que não seja abolido o seu núcleo essencial. Daí também se sustenta a tese de que nenhum princípio, inclusive de índole constitucional, é absoluto. Entretanto, é necessário saber qual é o núcleo essencial do princípio da não culpabilidade consagrado na Magna Carta.

Mais uma vez voltamos ao questionamento sobre os limites da interpretação constitucional, que devem obedecer ao aspecto semântico. Ora, se o próprio constituinte, por opção política, estabeleceu o termo “sentença penal condenatória transitada em julgado”, é porque buscou estabelecer a garantia da inocência até que houvesse a sentença imutável. É certo, portanto, que o trânsito em julgado é condição *essencial* da cláusula pétrea, estabelecida como núcleo duro que não pode ser

violado.

Relembrando que o próprio STF já consagrou a tese de que não se pode haver a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, uma vez que a Corte Maior carece de competência para fiscalizar o poder constituinte originário. Portanto, não cabe ao STF interpretar diversamente do optado pelo constituinte que, por sua vez, versou expressamente como cláusula pétrea os limites estabelecidos na garantia da não culpabilidade antes do trânsito em julgado⁴.

Portanto, cai por terra a tentativa de mitigar o referido princípio, que não só nas palavras do ministro Teori Zavascki, mas também daqueles que defendem a execução provisória da pena, de que “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo”. Daí também advém a tese de que os recursos para os tribunais superiores transcendem o interesse subjetivo das partes, tanto é que não são capazes de revalidar provas. Todavia, a indagação que se deve fazer é: “os recursos de natureza extraordinária ainda podem influenciar no status libertatis do acusado?”. Ora, a resposta é claramente que sim, já que, ainda que não reexaminem provas, podem reformar a decisão do juízo a

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº815/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em 18 set. 2016; e Ag. Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.097/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559799>. Acesso em 19 de set. 2016.

quo. E, por mais que os recursos de natureza extraordinária transcendam o interesse subjetivo das partes, o interesse destas partes ainda se encontra em discussão. Trata-se de controle de constitucionalidade ou de legalidade pela via incidental, em que o pedido da ação ainda objetiva influenciar o estado de liberdade do acusado.

Mas como se não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, na época, não só interpretou equivocadamente a Constituição, contrariando o estabelecido pelo legislador constituinte originário, realizando uma mutação constitucional inconstitucional, como também interferiu na decisão política do Poder Legislativo que a manteve, por meio da legislação infraconstitucional, a execução provisória da pena após o trânsito em julgado.

A decisão do Supremo, embora tenha afirmado que a execução provisória da pena não ofende ao princípio da não culpabilidade, não declarou inconstitucional o art. 283 do Código de Processo Penal.

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

A necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do referido artigo advém de que o mesmo trata-se de uma norma de constitucionalidade espelhada, já que transcreve, quase em sua literalidade, os dispostos nos incisos LVII e LXI da Constituição Federal. Assim, o STF mudou o entendimento pela execução provisória da pena antes do trânsito em julgado na Constituição, mas manteve como válido o art. 283 do CPP que veda a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Para contrabalancear os efeitos da decisão do Supremo, chegou-se ao ponto de ser necessária a propositura de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a ADC 43 e a 44, já que a decisão de efeito concreto passou a gerar grande instabilidade jurídica no país. Isto porque os diversos tribunais de segunda instância, com base na jurisprudência do Supremo, estariam decretando uma prisão que não possui base legal, já que o CPP reproduz a literalidade do inciso LVII, art. 5º da CRFB, em que, exceto nos casos de prisões cautelares, para a execução da pena deve-se haver o trânsito em julgado. Fora esta hipótese, não haveria nenhuma outra previsão legal de cumprimento de pena.

No julgamento da cautelar das referidas ADCs, foi levantado o argumento que já expomos anteriormente: de que o Supremo violou a competência política do Poder Legislativo. Isto porque o art. 283 do CPP não é da redação original do CPP de 1941, mas uma edição do Legislativo pela Lei nº 12.403 de 2011. Ou seja, o Supremo contrariou a vontade política do Poder Legislativo que claramente optou pela não execução da pena antes do trânsito em julgado. Mais do que uma supressão da

garantia constitucional estabelecida pelo constituinte como cláusula pétrea e confirmada pelo Poder Legislativo, houve uma violação à cláusula pétrea da separação dos Poderes. Basicamente, se criou a possibilidade de prisão sem previsão legal, o que é vedado com base no art. 5º, XLVI, da CRFB/88.

Denota-se que os maiores argumentos sustentados pelos ministros que votaram pela possibilidade da execução provisória da pena no HC nº 126.292/SP, em 2016, foram de índole eminentemente moral e política: o argumento do “baixo número” de recursos extraordinários e especiais e o argumento da sensação de impunidade pela prescrição diante da demora do julgamento definitivo do processo penal. Este último, inclusive, mascarado sob a índole jurídica, alegando a ponderação entre o princípio da não culpabilidade e o princípio da duração razoável do processo.

O primeiro argumento trazido, referente ao baixo número de recursos extraordinários e especiais providos, causa espanto diante da semelhança dos argumentos propostos por Manzini. Neste sentido, Aury Lopes Jr (2014, p. 205 e 206):

Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificavam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de

Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era visto como um excesso de individualismo e garantismo.

Basicamente pelos mesmos argumentos quantitativos que Manzini esvaziou a presunção de inocência, o STF também os utilizou para fundamentar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado: meras estatísticas processuais. Neste ponto, feliz a colocação do ministro Celso de Mello, que votou contra a execução provisória, ao estabelecer que lhe bastaria haver apenas um único provimento e isso já seria o suficiente para justificar a inteira subsistência da inocência constitucional. Não pode o Supremo mudar a garantia constitucional do princípio da não culpabilidade por meras questões estatísticas, deixando de lado o comando normativo.

Da mesma forma, conforme constatado pela Defensoria Pública da União, não pode um país relativizar o princípio da não culpabilidade, possibilitando a execução provisória da pena, quando se tem uma falta de confiabilidade no título de execução de segundo grau. Embora não se tratando de recursos especiais e extraordinários propriamente ditos, as estatísticas em matérias criminais trazidas nos julgamentos da cautelar das ADCs 43 e 44 são alarmantes⁵. Ademais, não que seja

⁵ No julgamento do HC 126.292/SP, o Min. Luís Roberto Barroso argumentou que “o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%”, e ainda que as decisões absolutórias representam 0,035% do total das 25.707 decisões de mérito proferidas entre

01.01.2009 e 19.04.2016. Já o PGR, Rodrigo Janot, concluiu, em artigo que se encontra disponível no CONJUR, que entre 2009 e 2016, o STF julgou 3.015 REs em matéria penal, e que apenas 0,6% dos recursos providos afetou a liberdade imediata do réu. Os dados entre o ministro e o PGR são conflitantes entre si. Todavia, os dados do ministro e do PGR demonstram apenas uma pequena parte do problema que o Brasil vem enfrentando no âmbito *jus puniendi*. Os *amicis curiae* no julgamento da cautelar das ADCs 43 e 44 trouxeram relevantes dados: a) A DPU, analisando os seus próprios processos, constatou que de 2015 a 2016 a reforma deles no âmbito criminal no STJ foi de 13,77% (711 casos de

5.161 processos examinados), enquanto no STF foi de 8,09% (28 casos de 346 processos examinados). A primeira conclusão que se retira desses dados é que a execução provisória da pena não afetará apenas os “ricos”, mas também os “pobres”. A segunda conclusão é de que o título de segundo grau possui uma baixa confiabilidade para a execução provisória da pena, uma vez que existe grande divergência entre a jurisprudência dos tribunais superiores com os de segunda instância; b) O IBCCRIM trouxe também importantes dados sobre o julgamento dos recursos especiais. O primeiro deles é que o percentual relativo destes recursos no STJ em matéria penal no ano de 2010 a 2015 foi de “apenas” 9,65% (38.547 recursos), o que demonstra que não são os recursos criminais exclusivamente responsáveis pelo congestionamento de processos no STJ. Já as estatísticas relativas ao responsável pela interposição de recursos especiais no ano de 2010-2015 indicam que este recurso não pode ser considerado um meio de protelação para o início de cumprimento de pena, uma vez que a sua utilização pela defesa e pela acusação ocorre em proporções semelhantes: a acusação é responsável por 40,13% dos recursos especiais, ao passo que a defesa é responsável por 59,87%. Outros dados demonstraram ainda que no período de 2014-2015 a taxa de procedência dos recursos especiais para o MP foi de 58,40% enquanto da Defesa foi de 45,99%, já a taxa de improcedência pelo MP foi de 14,18% e pela Defesa de 15,16%, concluindo-se o mesmo que concluiu a DPU: existe um grande descompasso entre a jurisprudência dos tribunais superiores e dos tribunais de segunda instância, o que indica que o Brasil não está apto para adotar uma postura de execução antecipada da pena. c) Com base em um estudo em parceria com Associação Brasileira de Dosimetria, o IASP alegou que além de uma boa defesa, o acusado também precisa de um bocado de sorte para reverter a condenação de primeiro grau. Foram analisados 57.625 acórdãos e concluiu-se algo assustador: “a taxa de rejeição de recursos no Tribunal de Justiça de São Paulo varia de 16% (na 12ª Câmara Criminal) a 81% (na 4ª Câmara Criminal, a mais “dura” de

necessário analisar as estatísticas, mas apenas a exegerada necessidade de criação de súmulas e julgamento de repetitivos pelos tribunais superiores demonstra a incongruência entre a jurisprudência dos tribunais superior e inferiores.

Assim, em eventual início de cumprimento antecipado de pena a partir da condenação do tribunal de segundo grau, e posteriormente com a alteração da decisão por um tribunal superior, seja para atenuar a pena imposta e possibilitar a mudança de regime, ou a própria substituição de pena, ou ainda a própria absolvição, quem restauraria a liberdade do acusado? E se durante a execução provisória da pena ocorrer a prescrição do processo? Teríamos a abominante situação de extinção da punibilidade de um acusado que se encontrava cumprindo pena provisória? Puniu-se o indivíduo para quê? Apenas para satisfazer os anseios da sociedade que decorrem de um descontentamento do próprio Estado? O cidadão deixou de ser sujeito de direito para voltar a ser objeto de direito? A pena voltou a ser um fim em si mesmo? Eficácia prevalecendo à efetividade?

O argumento da sensação de impunidade pela

todas)”. Independe da questão dos magistrados terem a convicção para julgar com autonomia e independência, é certo que indivíduos iguais em situações semelhantes vêm sendo tratados de forma desigual, o que fere o princípio da isonomia adotado pela Constituição da República. Portanto, mais uma vez frisa-se que o Brasil ainda não está pronto para a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. As petições dos *amicis curiae* podem ser visualizadas em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>.

prescrição diante da demorado julgamento definitivo do processo penal, por sua vez, também de natureza eminentemente política e moral, não pode ser fundamento válido para o Supremo ultrapassar os limites da Constituição. Mais uma vez, houve uma opção do legislador constituinte e do Poder Legislativo por estabelecer a prisão definitiva após o trânsito em julgado.

Embora seja tentadora uma resposta ao anseio social, para esvaír a sensação de impunidade, o Judiciário, e principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, deve agir como guardião dos direitos e garantias da Constituição. Nas palavras do ministro Marco Aurélio durante o seu voto do HC 126.929/SP: *“justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”*.

Conforme bem lembra o Ministro Eros Grau, relator do HC 84.078/MG:

A prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso — eis o fecho de outro argumento — porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados Habeas Corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora — digo eu agora — a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete!

Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes.

A decisão do Supremo é imediatista, tampa o sol com a peneira e troca seis por meia dúzia. O contrário de impunidade é punibilidade, o que não necessariamente significa justiça ou eficiência. E a morosidade da justiça não existe por conta do elevado número de processos que tramitam no Judiciário, mas porque próprio Judiciário se encontra despreparado para este elevado número de processos. Os recursos são previstos por lei, e não cabe ao Supremo punir o cidadão por utilizar dos meios que lhe são, pela lei e pela Constituição, garantidos. Que se criem mais varas e nomeiem mais juízes, mas não alterem da noite para o dia a jurisprudência da Suprema Corte para os que estão fazendo *jus* a um direito, que previamente foi previsto e consolidado, sejam pegos de surpresa e passem a cumprir pena antes do trânsito em julgado.

Conforme Aury Lopes Jr (2016), se se for cumprir os anseios da sociedade, em breve se terá a pena de morte, a tortura para obter confissão, a prova ilícita para qualquer das partes e a prisão cautelar como regra (este último caso que já é basicamente uma realidade).

É contraditório que a mesma Corte que reconheceu no sistema prisional brasileiro a violação generalizada de

direitos fundamentais dos presos, e que as penas privativas de liberdade aplicadas são cruéis e desumanas, entenda pelo cumprimento antecipado da pena para restaurar o sentimento social de eficácia da lei.

E o indivíduo da sociedade parece não se importar, nem com o exacerbado aumento de leis criminalizadoras nos últimos anos, nem com a situação do sistema carcerário brasileiro, e nem mesmo com a relativização do processo penal e das garantias constitucionais. Não se importa. Pelo menos não até que esteja sentado no banco dos réus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, oportuno é sintetizar as conclusões feitas durante o texto. A primeira delas é a diferença entre o princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade, sendo este último mais garantidor ao cidadão do que aquele. Sua abrangência se deu por uma opção política do legislador constitucional que estabeleceu de forma clara no texto da Constituição que o indivíduo só pode ser considerado culpado, e, portanto, cumprir a pena após o trânsito em julgado. Trânsito em julgado, por sua vez, nada mais é do que a imutabilidade de uma decisão.

Além disso, cada país possui sua própria constituição e ordenamento jurídico, não cabendo, de uma forma tão simples, comparar a aplicação das normas entre os diversos países e documentos internacionais como se fossem as mesmas em todos os lugares. Mais uma vez: o direito não é unívoco. Cada país possui ordenamentos jurídicos, fatos, valores, costumes e características próprias que devem ser analisadas minuciosamente e podem não se enquadrar em outros países, como no caso da execução provisória da pena.

Já em relação a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no HC nº 126.292/SP em 2016, pela possibilidade de execução provisória da pena após a decisão de segunda instância, conclui-se que ela fere a garantia constitucional de que todo acusado não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Fundamenta-se este entendimento, em um primeiro momento, por meio do aspecto normativo, estabelecendo uma distinção entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade, como acima lembrado; e, em um segundo momento, por meio do aspecto social, demonstrando que tal medida imediatista, tratada como uma panaceia, apenas gera uma falsa sensação de punibilidade e eficiência.

Quanto ao aspecto normativo, é lamentável a necessidade de que o tema ainda seja tão controvertido no âmbito legal, jurisprudencial e acadêmico. Isto porque a questão é trazida de forma tão *explícita*, e é algo que tão facilmente percebido apenas pela leitura do texto constitucional: de que o acusado só pode ser considerado culpado e, conseqüentemente, passar a cumprir a pena após a sentença condenatória imutável. A não culpabilidade encontra-se em um dos dispositivos mais claros da Constituição.

Destarte, melhor seria se o Judiciário respeitasse o que a Constituição consagra de forma tão clara e literal, garantindo a segurança jurídica para o próprio cidadão, exercendo sua função contramajoritária e não se curvando a um clamor público que muitas vezes confunde justiça

com vingança; ou talvez de uma forma mais precisa, que confunde persecução criminal com a necessidade de se executar a pena a todo o custo. Quem sabe aí, superado o que entendemos ser o óbvio, poderíamos finalmente voltar os esforços para os tantos problemas jurídicos que exigem a atenção acadêmica, jurisprudencial e legislativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR, Aury. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 5 de nov. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Deixem em paz o princípio da presunção de inocência*, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia>. Acesso em 15 de set. 2016.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP).

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 815/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Acórdão 28 de mar. 1996. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em 18 de set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.097/DF*. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Acórdão 8 de out. de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559799>. Acesso em: 19 de set. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acórdão 17 de fev. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 1 de set. de 2016.

COSTA, Domingos Barroso da; EGG, Geraldo Felisberto. *Entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade: uma proposta de adequação terminológica para melhor expressão do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF, 2011*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10533-Entre-a-presuncao-de-inocencia-e-a-nao-culpabilidade-uma-proposta-de-adequacao-terminologica-para-melhor-expressao-do-principio-previsto-no-art-5o-LVII-da-CF>. Acesso em 20 de set. 2016.

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

LOPES JR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. 4 de março de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em 14 de set. de 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. 6 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. ver. e ampl. atual de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, Gisela Gondin. *O princípio da presunção de inocência*, 2011. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 19 de set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Fim da presunção de inocência, flagrantes online... e a Constituição?*. 8 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-08/senso-incomum-fim-presuncao-inocencia-flagrantes-on-line-constituicao>. Acesso em: 15 de set. de 2016.