



Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF

Pre-occupation of innocence and provisional penal enforcement: a critical analysis of the Federal Supreme Court jurisprudential modification



Augusto Jobim do Amaral¹

Doutor pela Universidade de Coimbra e pela PUCRS
Professor do PPGCCRIM da PUCRS - Porto Alegre/RS
guto_jobim@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4048832153516187>
 <http://orcid.org/0000-0003-0874-0583>

Paulo Saint Pastous Caleffi²

PUCRS - Porto Alegre/RS
paulo@beckcaleffi.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/4591870522928251>
 <http://orcid.org/0000-0003-2146-4421>

RESUMO: O presente artigo versa sobre os problemas que envolvem a execução provisória da pena no sistema processual penal brasileiro, especialmente no que concerne ao respeito à garantia constitucional da presunção de inocência, aqui visto sob seu cariz de valor político-constitucional. No atual contexto nacional em que se investe sobremaneira em relativizações de garantias fundamentais e em falsas soluções punitivistas, torna-se imprescindível que o processo penal se imponha desde os princípios consagrados na Carta Magna 1988. Dessa maneira, pretende-se demonstrar os novos contornos do po-

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS; Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal) e Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.

² Mestre e especialista em Ciências Criminais pela PUCRS; Advogado.

sicionamento construído pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, suas possíveis críticas e impactos no comprometimento da legitimidade dos atos decisórios proferidos em matéria criminal pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Pré-ocupação de Inocência; Execução Provisória da Pena; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: *This article deals with the problems involved in the provisional execution of the sentence in the Brazilian criminal procedural system, especially with respect to the constitutional guarantee of the presumption of innocence, here in its political-constitutional value. In the current national context in which it is heavily invested in relativizations of fundamental guarantees and in false punitive solutions, it is essential that the criminal procedure be imposed from the principles enshrined in the 1988 Constitution. It intends to demonstrate the new contours of the position built by the Federal Supreme Court on the subject, its possible criticisms and impacts on the commitment of the legitimacy of the decisions made in criminal matters by the Judiciary.*

KEYWORDS: *Criminal proceedings; Pre-occupation of Innocence; Provisional Execution of the Penalty; Federal Court of Justice.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a execução provisória da pena privativa de liberdade desde o novo posicionamento exposto pelo Supremo Tribunal Federal e a possível violação aos fundamentos do princípio da presunção de inocência por oportunidade dos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.

Ao se verificar a constante flexibilização das garantias constitucionais e dos pressupostos de punição penal, estabelecemos como ponto nodal a ser analisado o princípio político-jurídico da presunção de inocência, garantia fundamental da Carta Constitucional de 1988, segundo a qual o indivíduo somente pode ser considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Equivocado, por-

tanto, estabelecer que “o núcleo da presunção de inocência, garantia indispensável ao próprio Estado democrático de Direito, não esbarra na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas tangencia o imperativo da comprovação da culpabilidade na forma da lei e o duplo grau de jurisdição”.³ Se os últimos movimentos da Suprema Corte demonstram que o tema está longe de qualquer consenso, necessário seu trato de maneira academicamente robusta buscando contribuir com a discussão.

Dessa forma, a análise do tema, a seu modo, passa a configurar um movimento de resistência pela salvaguarda dos direitos do acusado, ambicionando minimizar a incidência de julgamentos precipitados cada vez mais frequentes no Poder Judiciário. Pretende-se, em suma, demonstrar que o clamor social pela punição de eventuais suspeitos não pode ser maior do que a preocupação de não submeter um inocente a uma injusta condenação. Razão pela qual denota-se a fragilidade do argumento de que a presunção de inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente”.⁴

Sendo assim, ao longo do texto, analisaremos argumentos tópicos esgrimidos por este novo horizonte, quais sejam: (a) a atribuição de efeito suspensivo aos recursos penais com a configuração dos Tribunais Superiores em instância chanceladora das decisões anteriores, passando pela (b) demonstração da oscilante trajetória jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da execução provisória da pena; (c) os aspectos comparativos relevantes do duplo grau de jurisdição deturpados pela decisão do STF; ainda (d) as possíveis afrontas legais para além da própria Constituição dispostas pela de-

³ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. p. 193.

⁴ LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. p. 454.

cisão, desde ao art. 283 do Código de Processo Penal e à Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) até aos postulados da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e à Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica); para, por fim, apontar como se deu de forma radical a violação à assunção política envolvida no valor amparado por aquilo que chamamos de “pré-ocupação de inocência”.

1. O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS PENAIIS: OS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO DIMENSÃO HOMOLOGATÓRIA?

Inicialmente, desde logo cabe referir que o art. 995, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, assim como o revogado art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 que previa o recebimento dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo, deve ser compreendido como um dispositivo inaplicável ao processo penal e, portanto, incapaz de justificar a incidência da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Uma vez que os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são absolutamente distintos,⁵ deve ser pontuado que a insurgência ora estabelecida em nada se relaciona com a presença (ou não) de determinado efeito recursal, mas sim, ao fundamental direito de liberdade do indivíduo de ser presumido inocente. O raciocínio é idêntico no que concerne ao art. 637 do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo. Dessa maneira, deve ser entendido que a execução provisória da pena torna impossível a reversão de seus efeitos (não há como reaver o tempo de liberdade restringido), muito ao contrário do que acontece no processo civil em relação à garantia real ou fidejussória.⁶

Em razão disso, não se pode impedir que o cidadão exerça a sua garantia de recorrer, bem como o seu direito processual público e subje-

⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 157 ss.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.094 ss.

tivo de ver a prestação jurisdicional se concretizar integralmente, independentemente de efeitos atribuídos aos recursos utilizados. Por conseguinte, o discurso favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade a partir da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, deve ser absolutamente rechaçado em atenção ao princípio da presunção de inocência, que como regra basilar constitucional, supre a falta de previsão legal de suspensividade da eficácia da sentença condenatória combatida por tais recursos.⁷

Ademais, não se pode deixar de lado que a sentença, enquanto passível de recurso, caracteriza-se como um ato substancialmente instável e, por consequência, apresentando conteúdo provisório e plenamente reformável, encontra-se sujeita, ao menos em igual probabilidade, da superveniência de pronunciamento distinto em grau superior. Com efeito, impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do duplo grau de jurisdição ou, ainda, pelo fato de a maior parte das irresignações interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico da sua situação jurídica. É estabelecer, noutro sentido, que sua via recursal é mero rito de passagem, passivo frente à decisão proferida nas instâncias inferiores.

Sem qualquer dúvida, a partir de uma interpretação contrária a todo e qualquer limite semântico⁸ do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade, não só afrontaram de maneira definitiva garantias fundamentais do acusado, mas frustraram, também, todo um legado de conquistas democráticas da sociedade brasileira.⁹ Por força disso, acabou-se por deturpar toda a estrutura do devido processo legal, ao passo que a prisão acaba tornando-se regra em

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1178-9.

⁸ STRECK, Lenio. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

⁹ Cf. CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292 ss.

detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência.

Em síntese, o acesso aos recursos deve ser entendido como garantia processual enraizada na Constituição, como um direito fundamental inegociável.¹⁰ Apenas diante desta compreensão existirá legitimação de um dos imprescindíveis postulados do modelo penal de garantias: o ônus de eventual ausência de punição de um culpado pelo bônus de que nenhum inocente cumpra injustamente pena.

2. A OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM MATÉRIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Ao analisarmos a trajetória jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade acabamos nos deparando com decisórios oscilantes, contemplativos de ambas as correntes de entendimento. Evidentemente, após as decisões proferidas nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292, bem como das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, a posição favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade, como veremos a seguir, restou sedimentada pela maioria dos Ministros da Suprema Corte.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi empreendida a partir do ano de 1982, de forma a examinar os impactos da promulgação da Constituição de 1988 nas decisões proferidas pela Corte, até as decisões que passaram a reconhecer como legítimo o instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Conforme se denota no julgado abaixo colacionado, verificaremos que a execução provisória era admitida pelo Supremo Tribunal Federal em razão da “ausência de efeito suspensivo” do recurso extraordinário, nos termos do art. 637 do Código de Processo Penal: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo re-

¹⁰ WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Crítica à execução antecipada da pena (a revisão da súmula 267 pelo STJ). In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 452.

corrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo relativamente à execução da pena imposta em sentença criminal. A regularização da duração da reprimenda, para ser atendida em *habeas corpus*, pressupõe comprovada inequivocamente a irregularidade ou ilegalidade, pois, de regra, constitui incidente inerente à execução da competência do respectivo juiz de primeiro grau. ‘*Habeas corpus*’ indeferido.¹¹

Interessante notar, também, a incidência do então art. 594 do Código de Processo Penal (“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”):

Habeas corpus. Intimação. Fiança – defeito de intimação que foi sanado com o comparecimento do réu, que apelou. – procedência da alegação de ter ele direito a prestação de fiança para apelar solto. *Habeas corpus* deferido.¹²

Outrossim, denota-se que mesmo após a vigência da Carta Magna de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve-se inalterada no que se refere à execução provisória da pena privativa de liberdade.

‘HABEAS CORPUS’. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 5º, ITEM LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O dispositivo no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que ‘ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegure

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 59757/MG, Primeira Turma. Relator Ministro Soares Munoz. Brasília, DF, julgamento em 11 de maio de 1982.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 62423/DF, Segunda Turma. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, julgamento em 07 de dezembro de 1984.

ra a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna, tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo artigo 5º.¹³

No ponto, merece transcrição o voto do então Ministro Relator Aldir Passarinho, com sua interpretação da “nova constituição”:

Entendo que a tese de que a nova Constituição, em face do disposto no item LVII, do seu art. 5º, inadmite a prisão do réu antes de a sentença condenatória transitar em julgado não é de ser acolhida.

É certo que o aludido dispositivo legal dispõe que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, mas o preceito não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV do mesmo art. 5º, segundo o qual ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal’, e o item LXI, igualmente do art. 5º, que dispõe:

‘Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime ou por crime propriamente militar, definidos em lei’.

Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos.

O entendimento da viabilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade em decorrência da “ausência de efeito suspensivo” do recurso extraordinário manteve-se por longo período.

‘HABEAS-CORPUS’. Acórdão que confirma sentença condenatória. Mandado de prisão. Relação processual ainda não definida, passível que e de atingir as instancias extraordinárias. Ordem

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68037/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, julgamento em 10 de maio de 1990.

de captura que afronta decisão do STF. ‘Habeas-corpus’ anterior concedido para assegurar ao paciente aguardar o julgamento em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal, que somente se operaria após denegação de recursos especial e extraordinário. Artigo 675, CPP, e artigo 5., inciso LVII, CF. Esgotadas as vias impugnativas ordinárias, o decreto de condenação transitada em julgado, eis que os recursos eventualmente cabíveis somente podem ser recebidos, por serem extraordinários, no efeito devolutivo. Anterior ordem de ‘habeas-corpus’, que beneficiara o paciente, fundada em vício formal da prisão em flagrante, não alcança a mandado de captura que decorre de decisão final. Cabe execução provisória de decisão condenatória, ratificada na instância ordinária recursal, ainda que passível de reexame extraordinário. Não obsta a expedição de mandado de prisão o cabimento de recursos sem efeito suspensivo. Precedentes desta Corte: HC 69.039, RHC 64.749, RHC 55.652, HC 55.492, HC 58.032 e HC 68.726. Pedido de ‘habeas-corpus’ conhecido, mas indeferido.¹⁴

O panorama jurisprudencial da Suprema Corte manteve-se sem modificação até o ano de 2003, quando sobreveio a Reclamação nº 2391/PR, na qual foram arguidos os seguintes pontos: a) a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95 (revogada pela Lei nº 12.850/13), que previa a impossibilidade de o réu apelar em liberdade diante da prática de crimes praticados por organizações criminosas; b) a necessidade de interpretação do art. 3º da Lei nº 9.613/98 (dispositivo revogado pela Lei nº 12.683/12) de acordo com o texto constitucional; e c) a impossibilidade de se ter execução provisória da pena privativa de liberdade.

Tal situação fez com que os réus que não tivessem sentença condenatória “transitada em julgado” fossem postos em liberdade provisória até o julgamento da Reclamação pelo Tribunal Pleno da Corte.¹⁵

No entanto, a Reclamação nº 2.391 acabou sendo julgada prejudicada, uma vez que os réus que pleitearam a providência lograram a liberdade a partir de decisão do Superior Tribunal de Justiça. Com isso,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70351/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, julgamento em 23 de março de 1994.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83415/SP, Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 03 de fevereiro de 2004.

as decisões da Suprema Corte voltaram a reconhecer como válida a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Os primeiros sinais de que se estava caminhando para a mudança jurisprudencial foram observados ainda no ano de 2007, a partir do entendimento de “que era incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a segregação cautelar baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeitos meramente devolutivos aos recursos excepcionais”:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A SEGREGAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VALOR PREVALENTE. ORDEM CONCEDIDA. I – Viabiliza-se a superação do teor da Súmula 691 do STF quando o indeferimento liminar fundamenta-se em Verbetes do STJ que estejam em confronto com a orientação jurisprudencial desta Corte relativa aos direitos fundamentais. II – É incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a segregação cautelar baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeitos meramente devolutivos aos recursos excepcionais. III – Ordem concedida.¹⁶

Finalmente, em 05/02/2009, o julgado do Tribunal Pleno que considerou, por maioria, inconstitucional a execução provisória da pena privativa de liberdade.

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.

[...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases proces-

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91183/SP, Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento em 12 de junho de 2007.

suais, 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. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. [...]

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.¹⁷

O último registro verificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmando posição contrária à execução provisória da pena privativa de liberdade data de 09/06/2015 (HC 107710/SC – Primeira Turma).

Na sequência, a ementa do *Habeas Corpus* nº 126.292:

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 proferi-

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009.

do 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.¹⁸

Em síntese, a conclusão acerca da trajetória jurisprudencial transcrita, ao nosso sentir, é cristalina: ao reconhecer a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade e, por consequência, afastando a eficácia da presunção de inocência, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acabou fulminando uma das mais importantes garantias fundamentais que assiste o cidadão brasileiro.

Nessa linha, evidencia-se que a maioria dos Ministros da Suprema Corte olvidou de que: “O postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente”.¹⁹

A partir do entendimento favorável ao instituto execução provisória da pena privativa de liberdade, parece pertinente o questionamento: “quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?”.²⁰ Ao que tudo indica, a resposta tardará.

3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM PERSPECTIVA COMPARADA E INADEQUADA

O Ministro Teori Zavascki aponta em seu voto alguns países que, de acordo com a sua análise, autorizariam a execução provisória

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 05 de outubro de 2016.

da pena privativa de liberdade, segundo ele, após a ocorrência do duplo grau de jurisdição. Destarte, a comparação não se mostra adequada, pois a questão fundamental não é saber quais países legitimam a execução provisória após ocorrência do duplo grau de jurisdição, mas sim, verificar se em algum desses ordenamentos estrangeiros existe a garantia constitucional do trânsito em julgado para que se inicie a execução da pena. Ademais, é importante fazer referência ao equivocado rol de países que, de acordo com o Ministro Teori, como regra, executam a pena de prisão após o duplo grau de jurisdição. Exemplos disso: Portugal e Alemanha.

No direito português, a presunção da inocência está insculpida na Constituição no art. 32, nº 2, da seguinte forma: “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.²¹ Como destaca Alexandra Vilela, a presunção de inocência “é muito mais que uma simples regra probatória que determina que a prova da culpabilidade deva ser feita pela acusação. Antes possui ainda, e também, uma profunda ligação com a liberdade individual do arguido, o que se começa a revelar desde o momento em que se inicia o processo até ao momento em que é proferida a decisão final irrecorrível”.²²

A seu turno, Jorge de Figueiredo Dias leciona que o “direito a ser presumido inocente é um direito subjetivo público”, possuindo dupla missão: o direito, por parte do acusado, em receber um tratamento condigno e fiel à sua condição de presumível inocente até prova contrária e, por outro lado, o direito a ser condenado após uma exaustiva produção de matéria probatória, que seja igualmente suficiente para uma culpabilização plena, e despida de qualquer dúvida razoável na mente do julgador.²³ Assim sendo, resta claro que a presunção de inocência, para além de um princípio basilar do processo penal português, apresenta-se

²¹ PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. 25 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²² VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 291.

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 198.

como um direito subjetivo constitucionalmente protegido do indivíduo contra a utilização do arbitrário poder punitivo, “baseado numa opção política, que resulta da convicção que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal”.²⁴

Ainda, para demonstrar a incidência da presunção de inocência em âmbito português, destaca-se o Acórdão n.º 273/2016 do Tribunal Constitucional ao deixar claro que “a sujeição do arguido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola intoleravelmente a presunção de inocência que lhe é constitucionalmente garantida até à sentença definitiva [...]”.²⁵

Desse modo, deve ser frisado que o princípio da presunção de inocência “impõe que qualquer limitação à liberdade do arguido anterior à condenação com trânsito em julgado deva não só ser socialmente necessária, mas também suportável”.²⁶ Portanto, a segregação do acusado no curso do processo estará restringida às hipóteses em que sejam verificados os requisitos da prisão preventiva. Razão pela qual, ao contrário do apontado pelo Ministro Teori Zavascki, a execução da pena privativa de liberdade no processo penal português não ocorre após o duplo grau de jurisdição.

Já por terras tedescas, a Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn)²⁷ de 1949 em que pese não contemplar de maneira expres-

²⁴ BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, n. 70, p. 456, 1994.

²⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 273/2016, Segunda Secção. Relator Conselheiro Fernando Ventura. Julgamento em 04 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordados/20160273.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

²⁶ SOUZA, João Castro e. *Os meios de coação no novo código de processo penal* (jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal). Coimbra: Almedina, 1995, p. 150.

²⁷ “A Lei Fundamental dispõe em seu título primeiro, consagrado aos direitos fundamentais (*die Grundrecht*), diversos princípios relativos ao respeito e à proteção dos direitos do homem. Todos eles procedem da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1 da GG) e visam o respeito da liberdade (art. 2) e da igualdade entre os homens (art. 3 da GG). Essas liberdades públicas tal como entendidas pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem

samente a presunção de inocência, o Tribunal Federal Constitucional considera-a uma garantia ínsita ao princípio do Estado de Direito.

Nesse sentido, Javier Llobet Rodríguez destaca que “o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) considerou incluída a presunção de inocência no princípio de Estado de Direito (art. 20 da Lei Fundamental), e um setor da doutrina considera que a presunção de inocência se deduz do princípio de respeito a dignidade humana (*Gebot der Achtung der Menschenwürde*) (art. 1 da Lei Fundamental)”.²⁸ Da mesma forma, especificamente referindo o caso alemão, Evelyn Haas aduz que a presunção de inocência: “(...) proíbe que um acusado seja tratado como culpado sem uma condenação definitiva. A presunção de inocência exige a comprovação irretocável da culpabilidade antes esta possa repercutir nas relações jurídicas de forma general”.²⁹

No que concerne à incidência da coisa julgada formal, pressuposto da execução da pena privativa de liberdade, será o próprio Claus Roxin a lecionar diretamente que “en contraposición con el proceso civil, en lo proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada”.³⁰ Com isso, excetuando-se a possibilidade da prisão preventiva (que deve ser devidamente fundamentada e não pode caracterizar antecipação de pena³¹), o ordenamento jurídico alemão, em regra, estabelece que para o início da execução da pena deve existir decisão transitada em julgado do Tribunal Federal

(1789), são destinadas a proteger o indivíduo contra o Estado e conectam todos os órgãos investidos de alguma parcela de soberania” (JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9-10).

²⁸ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal* (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993, p. 163-164 (tradução livre).

²⁹ HAAS, Evelyn. Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamerica*, 2006, p. 1012 (tradução livre).

³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 435.

³¹ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal* (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993, p. 200.

de Justiça (BGH), equivalente ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse ponto, verificamos uma diferença substancial em relação ao sistema brasileiro: a ausência da Corte Constitucional como instância jurisdicional ordinária.³²

Assim sendo, conclui-se que a Alemanha segue procedimento similar ao adotado no Brasil, onde após a decisão do juízo *a quo*, o recurso de apelação (*die Berufung*) é analisado por um tribunal regional e, posteriormente, o denominado recurso de cassação (*die Revision*), equivalente ao recurso especial. Vale fazer referência ainda aos meios de impugnação extraordinários previstos pelo ordenamento alemão, quais sejam: o recurso de revisão (*die Viedeaufnahme des Verfahrens*), a desconsideração da intempestividade (*die wiederinsetzung in den vorigen Stand*), o recurso constitucional e os recursos para a Corte Europeia de Direitos do Homem.³³

Portanto, ainda que possam existir diferenças procedimentais³⁴, muito pelo contrário, a execução provisória da pena privativa de liberdade após o duplo grau recursal não é a regra no processo penal alemão. Assim, fica evidenciado que a análise comparativa de ordenamentos jurídicos, no mínimo, deve ser considerada inadequada. E mesmo que, por aços, tais apontamentos do voto fossem verdadeiros, eles jamais poderiam servir para a demolição de tão relevante garantia do sistema constitucional brasileiro. Raciocinar dessa forma, sem dúvida, é no mínimo ignorar que a toda nação corresponde uma tradição jurídica e que isto representará desdobramentos singulares, em especial na estruturação de suas respectivas Cartas Constitucionais. Em última análise, para além de estabelecerem os direitos e garantias dos cidadãos, tais pactos políticos asseguram que as especificidades sociais, políticas, econômicas e jurídicas de determinado povo sejam respeitadas.

³² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 14.

³³ JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Trad: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56-57.

³⁴ Cf. ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad: Gersélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 220.

4. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO FRENTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O entendimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a viabilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade após ser conferido o duplo grau de jurisdição (direito do acusado de ter a sua situação fática-processual reavaliada por um tribunal superior), consubstanciou-se na ideia de que com o encerramento da análise de “mérito” da demanda criminal estaria consumada uma presunção de culpa. Assim, uma vez que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, plenamente viável a execução antecipada da condenação proferida pelo colegiado.

Não obstante, ressaltando a inegável importância do duplo grau de jurisdição, não há dúvida que a previsão contida no texto constitucional é no sentido de que a execução da pena somente pode ocorrer após a análise de todos os recursos interpostos. Disso resulta a expressão “trânsito em julgado” prevista no art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988. Desse modo, ou se prende alguém por cautela (preventivamente), ou se aguarda o encerramento dos julgamentos de todos os recursos interpostos contra a condenação imposta.

Como é sabido, o trânsito em julgado ocorre no momento em que a sentença penal condenatória se torna definitiva e, portanto, sem possibilidade de modificação (coisa julgada material). Nesse sentido, a lição de José Frederico Marques:

A coisa julgada é qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento final da *res in judicium deducta*, tornando-os imutáveis entre as partes. Com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a *res judicanda* se transforma em *res judicata*, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e a autoridade de *Lex specialis* entre os sujeitos da lide que a decisão compôs. [...] Na coisa julgada material, o julgamento se faz regra imutável para a situação litigiosa que foi solucionada, a ele vinculando imperativamente os litigantes e também os órgãos jurisdicionais do Estado, de forma a impedir novo pronunciamento sobre a lide e as questões a ela imanentes.³⁵

³⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 1999. p. 343.

É disso que resulta a presunção de inocência, princípio que não se confunde com o duplo grau de jurisdição. Logo, a confirmação da condenação em segunda instância não importa em considerar o acusado culpado e, por consequência, sucessível de ter sua liberdade restringida sem a existência de pressupostos de cautelaridade (prisão preventiva) ou do trânsito em julgado (coisa julgada material).

Devemos ter claro que o posicionamento da maioria dos Ministros da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena constituiu-se num equivocado ato de política criminal, no qual com o objetivo de combater a utilização de recursos federais que apenas buscam a postergação do trânsito em julgado e eventual reconhecimento da prescrição, deixou-se de lado o dever fundante de salvaguardar a efetiva aplicação do texto constitucional.

Em síntese, o que se pretende demonstrar é que a presunção de inocência não está coligada ao duplo grau de jurisdição, mas sim ao “trânsito em julgado” da sentença condenatória. Ambas as garantias são indispensáveis, mas devem ser analisadas e conferidas individualmente acusado, sem qualquer limitação, ao contrário do que propôs o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

5. OS IMBRÓGLIOS EM MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL

5.1. O ART. 283 DO CPP

O formato dado ao art. 283 do Código de Processo Penal pelo legislador pátrio por meio da Lei nº 12.403/2011 concretizou na esfera processual penal a garantia explícita na Carta da República de 1988 de que “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”. Tal ressalva torna-se importante para apontar que o dispositivo se caracteriza como regra geral. Assim, a segregação do acusado poderá se materializar antes de transitar em julgado o decreto condenatório em situações de fundamentada necessidade, nas quais, decretar-se-á a prisão preventiva. Daí a inconveniência, para não dizer contras-

senso, das decisões proferidas pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292 e, especialmente, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 (que trataram objetivamente do conteúdo do dispositivo legal ora destacado).³⁶

Em razão disso, causou estarrecimento o julgado ter deixado de apreciar o art. 97 da Carta Maior de 1988 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”), bem como da Súmula 10 do próprio Supremo Tribunal Federal (“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”), o que mesmo diante da absoluta ausência de limites semânticos, poderia justificar a não apreciação dos destacados dispositivos pelo Ministro Teori Zavascki quando da sua decisão.

Diante de tal impasse, Lenio Streck frisava que a Suprema Corte se encontrava numa “*sinuca de bico*” face ao procedimento (não adotado) de declaração formal de inconstitucionalidade do art. 283 do Código

³⁶ À época do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, Lenio Streck alertava: “O artigo 283 é, por assim dizer, uma questão pré-judicial e prejudicial. Ele é barreira para chegar ao resultado a que chegou a Suprema Corte. [...] o próprio relator, ministro Teori Zavascki, contrariaria posição que assumira como ministro do Superior Tribunal de Justiça na Reclamação 2.645, em que ficou assentando — corretamente — que o judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei se a declarar formalmente inconstitucional (esse enunciado constitui a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o judiciário pode deixar de aplicar uma lei). Assim, o STF contrariou a jurisdição constitucional, naquilo que ele próprio vem estabelecendo. Veja-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante 10, pela qual ‘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’. [...] Por que existe a SV 10 e o artigo 97 da CF? Simples: É para evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado para se chegar a um determinado resultado. No caso, o STF afastou — sem dizer — a incidência do artigo 283. E ao não dizer e fundamentar devida e claramente, fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais”. STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 03 de março de 2016.

de Processo Penal. Ou seja, para que o Supremo Tribunal Federal mantivesse a sua decisão, teria, necessariamente, que declarar as razões pelas quais o referido dispositivo processual violaria a Constituição.³⁷ Estas foram as razões, ademais, porquê acabaram sendo ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, buscando fosse assentada a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

A rigor, os Ministros da Suprema Corte tinham duas opções: a) ou decretar que a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292 violou frontalmente o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, devendo, por consequência, ser reformada; b) ou declarar expressamente que o destacado dispositivo legal é inconstitucional. Como visto, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, não fizeram nem uma coisa, nem outra. Optaram por declarar a constitucionalidade do dispositivo processual penal, e não reconhecer como absoluta a regra “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”.

A verdade é que, ao contrário do estabelecido nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, o princípio da presunção de inocência é garantia diretamente vinculada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja por determinação expressa na Constituição Federal de 1988, ou no art. 283 do Código de Processo Penal. Dessa forma, ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mas não legitimar o valor do seu conteúdo, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, sedimentaram uma interpretação semântica da expressão “trânsito em julgado” que acabou por violar frontalmente a Carta Magna e o referido dispositivo processual penal. A denominada *fraudem legis*.³⁸ Ainda, interessante destacar o apontamento do Ministro

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

³⁸ Nesse sentido, Francesco Ferrara leciona que “o mecanismo da fraude consiste na observância formal do ditame da lei, e na violação substancial do seu espírito: *tanturn sententiam offendit et verba reservat*’. O fraudante, pela combinação de meios indiretos, procura atingir o mesmo resultado ou pelo menos um resultado equivalente ao proibido; todavia, como a lei deve entender-se não segundo o seu teor literal, mas no seu conteúdo espiritual, porque a disposição quer realizar um fim e não a forma em que ele pode manifestar-

Gilmar Mendes (favorável ao instituto da execução provisória), de que “a experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores do poder, inclusive o legislador, não são falíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.³⁹ Resta pouca dúvida que é mais fácil reconhecer as imperfeições alheias do que as suas próprias.

Por força disso, ao atribuir uma nova concepção para a expressão ‘trânsito em julgado’, o entendimento majoritário da Suprema Corte, num impulso de injustificável inquisitorialidade, acabou por arruinar a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente.⁴⁰ Desse modo, não pode causar estranheza que quem não reconheça o valor de uma baliza constitucional (art. 5º, LVII, CF/88), tenha desconsiderado um “mero” dispositivo processual penal (art. 283 do CPP).⁴¹ Ninguém se torna inume a sucumbir ao abuso de poder e à perversão ideológica.

5.2. A LEI Nº 7.210/84

Com o intuito de diminuir violações, limitar a atividade da administração e proporcionar ao apenado a garantia mínima de seus direitos, a Lei nº 7.210/84 normatizou a jurisdicionalização da execução da pena, vindo ao encontro das concepções do processo penal como

-se, já se vê que, racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito” (FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad: Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 151).

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: IBDC, 1998, p. 28.

⁴⁰ AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*, p. 407 ss.

⁴¹ Como refere Celso Antônio Bandeira de Melo, “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451).

substrato de garantias do cidadão contra o arbítrio do Estado.⁴² Dentro dessa concepção constitucional, os artigos 105,⁴³ 147⁴⁴ e 160⁴⁵ da Lei nº 7.210/1984 que fazem referência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória como indispensável pressuposto de validade para os procedimentos neles previstos novamente foram ignorados. Desse modo, verifica-se que a presunção de inocência, traduzida na ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, apresenta-se como instrumento de garantia do cidadão tanto na fase recursal, como na fase executória. Com efeito, de modo a sustentar a alteração jurisprudencial advinda do *Habeas Corpus* nº 126.292, os Ministros favoráveis ao novo entendimento, que deveriam ter declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, bem como dos artigos 105, 147 e 160 da Lei de Execução Penal, ficaram silentes. Outrossim, diante da decisão proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, mantiveram-se impávidos à legislação.

A despeito deste entendimento, é importante frisar que em razão da ausência de apontamento acerca dos dispositivos da Lei nº 7.210/84 nos julgados da Suprema Corte, o novo entendimento acerca da execução provisória diz respeito “apenas” à pena privativa de liberdade. Logo, em não havendo determinação específica acerca das demais espécies de penas, para que ocorra a execução, necessariamente, deverá ser aguardado o trânsito em julgado da sentença.⁴⁶

⁴² Cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴³ “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

⁴⁴ “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

⁴⁵ “Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”.

⁴⁶ Neste sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 386872/RS, Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, julgamento em 14 de março de 2017.

Tal situação, é mais um elemento que solidifica o preciso posicionamento do Ministro Celso de Mello, quando refere que “o reconhecimento da tese da ‘execução provisória’ de uma condenação criminal (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir-se, com toda a vênia, uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal”.

5.3. O DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA

Desde a reforma processual promovida pela Lei nº 11.719/2008, na qual restou inserido no Código de Processo Penal o parágrafo único no art. 387⁴⁷, e revogado o art. 393 I⁴⁸, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, parecia algo superado em nosso sistema processual penal. Ao resgatar a execução provisória da pena privativa de liberdade, porém, o Supremo Tribunal Federal deixa em aberto uma obscura possibilidade de relativização da fundamentação das decisões que decretam a segregação, em especial, na sua modalidade preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal).⁴⁹

A fundamentação da prisão preventiva, como exigência contida na norma constitucional, deve ser absolutamente clara e concreta, devendo o juiz demonstrar inequivocamente os seus pressupostos e requisitos.⁵⁰ Ademais, em consonância com a Lei nº 12.403/11, cediço que “a fundamentação deverá apontar – além do *‘fumus commissi delicti’* e o *‘periculum libertatis’* – os motivos pelos quais o juiz

⁴⁷ “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

⁴⁸ “São efeitos da sentença condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança”.

⁴⁹ “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

⁵⁰ Cf. desde o arcabouço clássico: TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. 4, p. 85-86.

entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319”.⁵¹

Por conseguinte, a nova posição da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade acabou por relativizar, também, a garantia prevista no inciso IX do art. 93 da Constituição de 1988, de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. A motivação serve para o controle da eficácia do contraditório e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Somente a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e, principalmente, se foram observadas as regras do devido processo penal.⁵² Trata-se de uma garantia fundamental que legitima o poder contido na decisão.⁵³ Do destacado dispositivo constitucional, extrai-se, portanto, que todo o ato decisório judicial deve ser devidamente fundamentado, expressando garantia que se avulta à medida que os efeitos da decisão avançam na limitação de direitos fundamentais.⁵⁴

Diante disso, devemos ter claro que a presunção de inocência não pode ter limitada a extensão de seu alcance seja qual for a prática delitiva imputada ao acusado. Razão pela qual inviável o raciocínio da existência de “uma tipificação inicial de crimes para os quais a aplicação provisória da sentença é desejada do ponto de vista do bem-estar social, como forma de ser útil para o aperfeiçoamento da legislação penal brasileira, bem como na implantação de políticas públicas de combate ao crime”.⁵⁵ Tais questões (legislação penal, políticas públicas de combate ao crime e o princípio da presunção de inocência) não devem (e não po-

⁵¹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes (et al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 1324-5.

⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101-102.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 87.

⁵⁵ MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. S. A execução provisória da sentença: uma análise econômica do processo penal.

dem) ser analisadas numa mesma hierarquia dentro do sistema jurídico, ainda mais com o objetivo de se buscar eventual economia processual.

Em síntese, face às violações perpetradas desde os julgados da Suprema Corte, válido lembrar os escritos de Ferdinand Lassalle, para que num futuro próximo, não nos confrontemos com a lamentável constatação de que, efetivamente, o que “importava e urgia” é que “a constituição escrita não fosse nada mais do que um pedaço de papel”.⁵⁶ Assim, nos termos de mais um nefasto efeito do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal: o enfraquecimento da garantia fundamental do cidadão de poder aferir os motivos pelos quais um eventual decreto de prisão se mostra necessário antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

6. DO NÃO ATENDIMENTO AOS POSTULADOS PREVISTOS NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948) E NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência restou sedimentada no ordenamento jurídico internacional, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada e promulgada pela Organização das Nações Unidas – ONU, que insculpiu em seu art. 11.1 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.

De igual maneira, a Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), realizada em 1969, fez constar no art. 8.2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto o

Economic Analysis of Law Review, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 204-229, jul./dez. 2011. p. 227.

⁵⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 50.

Pacto de San José da Costa Rica (assim como outros documentos internacionais)⁵⁷, para além de fazerem alusão ao princípio da presunção de inocência, compreendem o ideal do indivíduo livre, e sob condições que lhe possibilite gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Dessa forma, estando o Brasil comprometido com o cumprimento das disposições constantes nos referidos documentos internacionais, evidencia-se que o novo entendimento da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade e, por consequência, da presunção de inocência, acabou também por violá-los.

Nessa linha, vale referir que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, competente para julgar situações relativas à interpretação dos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não raramente declara a violação das garantias previstas no art. 8º do regramento, inclusive, especificamente em relação à presunção de inocência.

Exemplo disso, foi o caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, no qual restou consignado expressamente: “Esta Corte estima que o principio de presunção de inocência atende o propósito das garantias, ao firmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que a sua culpabilidade seja demonstrada”.⁵⁸

⁵⁷ Acerca da previsão da presunção de inocência no ordenamento internacional, destaca o Ministro Celso de Mello: “O conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

⁵⁸ “No presente caso, o Sr. *Rafael Iván Suárez Rosero* teve decretada em seu desfavor uma prisão cautelar, na qual permaneceu por mais de 1 mês incomunicável e sem que houvesse expedição de mandado judicial. Após a formalização da

De igual maneira, no caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*: “A Corte considera que o direito à presunção de inocência es um elemento essencial para a realização efetiva do direito de defesa, acompanhando o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine a sua culpabilidade se torne imutável”.⁵⁹

Em resumo, o entendimento da Corte se direciona no sentido de que a prisão sem a existência de uma sentença definitiva somente pode se caracterizar como uma medida cautelar, mas não punitiva, impondo-se ao Estado uma obrigação de não restringir a liberdade do acusado além dos limites necessários para assegurar o bom andamento do processo e a necessária ação da justiça. Proceder de outro modo equivale a antecipar a pena, o que contraria princípios gerais do direito amplamente reconhecidos, especialmente, a presunção de inocência prevista no artigo 8.2 da Convenção Americana.

Diante disso, denota-se que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não se prestam apenas como precedentes para resolução de futuras demandas, como também ecoam (ou deveriam ecoar, no caso do Brasil) no direito interno dos países subscritores. Como bem aponta Flávia Piovesan, “[...] a experiência brasileira revela que a ação internacional tem também auxiliado a publicidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, e, nesse sentido, surge como significativo

denúncia e, posteriormente, da condenação, acabou permanecendo no cárcere por aproximadamente 4 anos, ainda que a pena máxima prevista para o crime imputado fosse a metade disso” (tradução livre). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n. 35, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.

⁵⁹ “Neste caso, o Sr. Ricardo Nicolás Canese Krivoshein foi condenado a uma pena de 2 meses de prisão e multa, além de uma restrição permanente para sair do país, pela prática do delito de difamação, em razão de manifestações realizadas por oportunidade da sua candidatura à Presidência do Paraguai” (tradução livre). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, n. 111. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.

fator para a proteção dos direitos humanos. Ademais, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificativas a respeito de sua prática”.⁶⁰

Outrossim, com os últimos movimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, evidencia-se que casos como *Ximenes Lopes vs. Brasil* e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, ainda que não tenham tratado acerca da presunção de inocência, não serviram para demonstrar a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro estar de acordo com os preceitos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por consequência, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

7. A PRÉ-OCUPAÇÃO POLÍTICA PELA INOCÊNCIA E A ESCOLHA DEMOCRÁTICA⁶¹

Ademais de todo dito acerca do desrespeito técnico-jurídico das posturas consolidadas pelo STF, cabe se interrogar em que horizonte se colocam os posicionamentos de uma Suprema Corte que deveriam ser o primeiro anteparo às violações constitucionais? Que sintoma indicam quanto a anemia democrática sinalizada politicamente nos dias que correm? Será exatamente em tempos de urgência de violência punitiva, aparentemente irrefreáveis, que um gesto de resistência se impõe a todos, nem que seja pelo resto de vergonha que ainda nos sobreviva.

Um “não” como germe persistente sobre aquilo que se põe como imponderável deve subsistir. O nada novo ar de “progresso” judicial, hoje inspirados pela ode ao combate à impunidade (ou slogans afins), não cessam em deixar, no horizonte, sob escombros, o lastro das conquistas democráticas.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 313.

⁶¹ Este item é uma versão revisada de artigo originalmente publicado em: AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 281, p. 03-05, abr. 2016.

No HC 126.292/SP, o STF mais uma vez ratificou as lamentáveis tendências e retrocedeu vez mais, mudando seu próprio posicionamento e permitindo a execução provisória da pena após a confirmação da sentença em segundo grau. Assim, passaram aos ouvidos da Suprema Corte os reclamos, porém nada imunes estavam aos influxos da verborragia punitivista, farta em se camuflar das melhores intenções.

Se sequer sobre um olhar técnico remanesce alguma correção ao julgado, podemos exaurir as imprecisões na decisão sem nem ao menos flertar de longe com aquilo que poderá, de fato, questionar o respaldo político-democrático do princípio da presunção de inocência, quer dizer, interrogar a dignidade da razão que ampara radicalmente a racionalidade jurídica ali estampada. Se o movimento de crispação constitucional, que representa um ressecamento das capilaridades dos direitos fundamentais ali respaldos não é inédito, não será à toa o cenário de notável esgarçamento do tecido democrático, com fissuras que esperamos não sejam irreversíveis. Ademais, quando falamos do exame daquilo que podemos radicalizar e chamar de *pré-ocupação de inocência*⁶² o quadro toma tons ainda mais sombrios: naturalização do abuso das prisões provisórias, a ostensividade midiática despudorada no uso de algemas e a exploração das imagens de investigados e processados, prisões como forma de coação para obter confissões em megaprocessos capitaneados por messianismos judiciais, chegando até mesmo ao absurdo da “inversão do ônus probatório em matéria criminal” fragorosamente declarada por um Ministro na AP 470 (“Mensalão”). Todo este corolário de violências naturalizadas apenas teve sua pá de cal no HC 126.292.

O que daquilo que borbulha merece politicamente ser enfrentado quando esta problemática é exposta e, ao que parece, falar em contenção do poder penal soa desprezível?

Cabe dizer que uma *teoria das presunções* intervém em qualquer *controvérsia*⁶³. Com o processo penal, não seria diferente. Se, de modo mais simples, o processo penal não representa mero meio para realiza-

⁶² AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

⁶³ GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984, p. 484 ss.

ção do direito penal, mas o dispositivo por excelência de limitação do poder punitivo garantido pela função jurisdicional, em que a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim é que classicamente se aduziu do *princípio da jurisdicionalidade* o postulado da *presunção de inocência*. Trata-se, para além de ser *presunção “até que se prove o contrário”*, de um corolário *lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão* pelo procedimento.⁶⁴ Em que pese o princípio da *presunção de inocência* ter sido afirmado à época sob reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem, respaldado por uma valoração probabilística⁶⁵, independentemente da aceitação disto, atualmente é *estado fundamental do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito*.

O substrato primigênio da *presunção de inocência* alude uma clássica opção garantista de civilidade “em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpável”⁶⁶. Razão tão bem explicada por Carrara, em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos, através da contraposição entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável.⁶⁷ Na medida em que a seletividade é o traço permanente de qualquer sistema penal⁶⁸, ou seja, o poder punitivo, tal como uma epidemia, funciona atingindo os mais vulneráveis ao seu programa criminalizador – assim, não se alcançará a punição de todos os culpados, nem

⁶⁴ LUCCHINI, Luigi. *Elementi Di Procedura Penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899, pp. 10 e 15.

⁶⁵ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napoletana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 145.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trota, 1995, p. 549.

⁶⁷ CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863, p. 373.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46-51.

mesmo o resguardo de todos os inocentes – importará trazer a questão de forma clara. Portanto, máxima a ser interrogada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação que deve manter qualquer sistema processual penal de cunho democrático: é preferível termos casos de culpáveis absolvidos com a certeza de que nenhum inocente será condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar idealmente todos os culpados condenados, todavia ao preço de algum inocente.

Sem subterfúgios: há uma enorme irresponsabilidade político-criminal envolvida na decisão do STF. Apenas como parâmetro, entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões de HC do STJ modificava algum aspecto das decisões emitidas pelos julgados de segunda instância. E nem falemos das daquelas decisões que são mantidas em sede do STJ e modificadas pelo STF, ou quem sabe dos julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via Recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores.⁶⁹ O que se dirá dos expressivos equívocos depois do cumprimento da pena erradamente? Trata-se do *preço da democracia*. Ou se opta pela inocência de todos ao preço inclusive da não punição de algum culpável ou declaremos abertamente nossa aversão àquilo que custa de fato viver num ambiente democrático. Por outro lado, não se precisará maiores incursões empíricas para se surpreender com o simulacro do duplo grau de jurisdição a complicar ainda mais efetivação da presunção de inocência.⁷⁰ É sabido que os julgamentos de segundo grau comportam-se não raro como meros ratificadores das decisões monocráticas operados numa lógica de eficientismo repressivo. Num ambiente em que os recursos são vistos como meras peças que retardam a punição dos culpados e geram impunidade, e não como instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional democrática, a normatividade constitucional terá vida frágil. E sempre soubemos bem sobre o lombo de quem, mais ainda, recairão tais vulnerabilidades ao final.

Estamos às voltas da alternativa *política* fundada na linha tênue do complexo nexo entre *liberdade* e *segurança*, neste ponto aqui ao me-

⁶⁹ Pesquisa realizada por Thiago Bottino na FGV (Direito/RJ). Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

⁷⁰ Ver pesquisa feita no âmbito das Câmaras Criminais do TJRJ trazida em CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

nos não visto como irreconciliáveis. Se, numa escala maior, o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de enfrentamento ao terrorismo acarreta uma espécie de *banóptico*⁷¹ que nada cresce em segurança, mas possui como resultado o avanço a passos largos na direção de regimes autoritários, a extensão disso noutra escala é o ideário persecutório em matéria penal, agora travestido no discurso de ocasião da “corrupção”⁷², que acaba por convocar a todos “por razões de segurança” a abrir mão daquilo que em qualquer outra circunstância não teríamos motivos para aceitar. A crise naturalizada expõe o *populismo punitivo como tecnologia judiciária permanente de governo*.⁷³ As primárias lições⁷⁴ de que alguma segurança apenas poderá ser conquistada na medida em que houver mínima confiança na não violação da *liberdade* de quem quer que seja passou a ser peça de museu. Em contrapartida, quando o *medo* pode assolar o inocente, demonstrado estará tão somente o descompasso da função jurisdicional e a inversão ideológica condizentes às nefastas práticas inquisitivas.⁷⁵ Em suma, a *presunção de inocência* deve ser não apenas uma

⁷¹ Cf. BIGO, Didier. Globalized (in)security: the Field and the banopticon. In: SAKAI, Naoki; SOLOMON, Jon (comps). *Traces 4: Translation – Biopolitics, Colonial Difference*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006, pp. 5-49. O diagrama estratégico consiste em determinar uma minoria como excluída desde discursos de riscos e inimigos internos, passando pelas instituições como os centros de detenção até as portas de embarque dos aeroportos cruzando-se com leis e medidas administrativas que singularizam o tratamento de certo grupo. Em resumo, três elementos constituem este poder excepcional: a regra do estado de emergência, a seleção que exclui categorias sociais inteiras por seu comportamento social futuro e a normalização de grupos não excluídos mediante a crença na livre circulação de bens, capitais, informação e pessoas.

⁷² Cf. o nó górdio em SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

⁷³ Cf. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*, pp. 358-388.

⁷⁴ MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977, p. 217 e PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787, p. 27-8.

⁷⁵ PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, p. 83-92; CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981, p. 625-658 e FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 550.

garantia de *liberdade pública* como valor fundamental, mas de *segurança e confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional.

Não por menos tem sido alvo, desde o XIX, sistematicamente do ataque do pensamento autoritário. Não seria necessário lembrar a disputa da *presunção de inocência*, imerso no modelo republicano de democracia, com o pessimismo antropológico fascista inspirador do código de processo penal brasileiro CPP/41.⁷⁶ Não obstante, rever as odes de Alfredo Rocco⁷⁷ à reação de Manzini ao Código italiano de 1930 acerca da *presunção de inocência* sempre vem a calhar. Fragilidade principiológica que impôs, segundo o Ministro de Mussolini, tantos danos à justiça criminal - por isso seu Código centrado na incisiva intervenção capital do magistrado e seu protagonismo combinado ao menosprezo a este princípio.⁷⁸ Para chegar aos adágios fascistas de Manzini, necessário foi antes montar na Escola Positivista italiana o arsenal para poder munir a autoridade e nutrir golpe decisivo dado pelo Código Rocco de 1930. Estratégia central da toada fascista que se transportou incólume à legislação brasileira juntamente com a centralidade e controle do magistrado sobre a prova. Ambos os corolários – desprezo pela *presunção de inocência* e *gestão da prova* sobre a égide do juiz – podem ser dispostos como faces do mesmo centavo.⁷⁹ Os dois, em paralelismo notável, procuraram atacar a medula que erige um sistema acusatório.

⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 155 ss.

⁷⁷ ROCCO, Alfredo. Prefazione. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. IX-X.

⁷⁸ MANZINI, Vincenzo. Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929, p. 22 e MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. 175-184.

⁷⁹ GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 394-5 e FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 241-2.

Nesta toada, diante da contraposição das hipóteses trazidas ao processo penal, é sobre a *dúvida* que se fala e, conseqüentemente, sobre a solução de *política constitucional* a ser escolhida ao final (vê-se, assim, claramente a implicação disto com a *carga da prova*). A *presunção de inocência* funciona como um instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória. Daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a própria *carga da prova* atribuída à acusação.⁸⁰

Se no direito a *presunção* está a serviço da justiça do processo, que paradoxalmente é a mediação invocada pelo operador da *prova*, ela deve ser acompanhada, de uma “*pré-ocupação do terreno*”. Aí o ponto nodal, como escreve Whateley: “de acordo com o mais correto uso do termo, uma ‘presunção’ em favor de qualquer suposição significa, não (como tem sido erroneamente imaginado) uma preponderância de probabilidade antecedente em favor de algo, mas uma *pré-ocupação do terreno*, como implica que deve permanecer hígida até que uma razão razoável seja constituída contrariamente; em suma, a carga da prova recai sobre o lado daquele que a contestaria”.⁸¹

Desta forma, rigorosamente falando, passando da mera retórica para a *política*, nossa visão da *pré-ocupação de inocência* (incluso como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo*⁸²) traz à tona o que há de determinante na gênese da *presunção*, deixando ultrapassar seu mero escopo jurídico: a natureza de *regra de fechamento*, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a *decisão político-democrática* auferida na sentença quando persistir a *dúvida* a ser convertida em *certeza jurídica*, estado este apenas abalável pelo trânsito em julgado final de sentença condenatória. Enfim, A *pré-ocupação de inocência*, tal

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935, pp. 46-7 e 52-3.

⁸¹ WHATELY, Richard. *Elements of Retic*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830, p. 98-9.

⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, p. 424 ss.

qual um título ao portador dos acusados em geral frente ao poder punitivo, além de ter papel central na arena do convencimento, principalmente em tempos de ativismos judiciais, é a aliada maior para a gestão e maximização das expectativas democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma sucinta, poderíamos apontar que (I) o acesso aos recursos até o trânsito em julgado é uma garantia processual enraizada na Constituição, um direito fundamental inegociável de todo o acusado que se vê constantemente afetado por trajetórias jurisprudenciais oscilantes e flexibilizadoras de postulados basilares de nosso ordenamento jurídico. Diante de tal compreensão, evidencia-se a grave insegurança jurídica resultante das decisões da maioria dos Ministros da Suprema Corte no *Habeas Corpus* nº 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, que a partir de uma errônea interpretação acerca do princípio da presunção de inocência, bem como de uma inadequada comparação com ordenamentos jurídicos de outros países, acabaram por fulminar a indispensável presunção de inocência do cidadão no processo penal.

(II) Ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mas não efetivar o seu conteúdo, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, sedimentaram uma interpretação semântica da expressão “trânsito em julgado” que acabou por violar frontalmente a Carta Magna e o referido dispositivo processual penal. Na mesma linha, o novo entendimento acerca da execução provisória acabou por violar também as determinações constantes artigos 105, 147 e 160 da Lei de Execução Penal. Além disso, em razão da ausência de apontamento acerca dos referidos dispositivos da Lei nº 7.210/84 nos julgados da Suprema Corte, o novo entendimento acerca da execução provisória deve se restringir “apenas” à pena privativa de liberdade, não alcançando as demais espécies, que necessariamente deverão aguardar o trânsito em julgado da sentença para a sua efetivação.

(III) Ao “resgatar” a execução provisória da pena privativa de liberdade, a maioria do Ministros do Supremo Tribunal Federal enfrequeceu a previsão contida no art. 312 do Código de Processo Penal, uma

vez que se torna desnecessário justificar e fundamentar a necessidade de o acusado ser preso preventivamente antes de transitar em julgado a sentença condenatória. Assim sendo, resta escancarada a possibilidade de a segregação se tornar regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência. Além disso, a indefinição acerca do marco de contagem da prescrição executória, acaba por permitir que o cidadão condenado tenha a desconfortável perspectiva de que sua pena poderá ser executada durante um período de tempo indeterminado.

(IV) Estando o Brasil comprometido com o cumprimento das disposições oriundas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, resta claro que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade violou os preceitos internacionais acerca da presunção de inocência, bem como a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, numa cultura punitiva elevada à razão de estado, imperativo resistir e não transigir/relativizar com aquilo ou aqueles sobre os quais não se suporta mais negociar ofertas de acordo com o injustificável. Não se conciliam os valores de uma Constituição democrática, como é o caso da *pré-ocupação de inocência*, a “uma aparência de sabedoria que nos causa horror”⁸³ senão ao preço da cumplicidade com a sua derrocada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-Ocupação de Inocência no Processo Penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun. 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

BIGO, Didier. Globalized (in)security: the Field and the banopticon. In: SAKAI, Naoki; SOLOMON, Jon (comps). *Traces 4: Translation – Biopolitics, Colonial Difference*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006, pp. 5-49.

⁸³ BLANCHOT, Maurice. Le Refus. In: *Le 14 Julillet*, nº 02, Paris, Octobre, 1958.

- BLANCHOT, Maurice. Le Refus. In: *Le 14 Julillet*, n° 02, Paris, Octobre, 1958.
- BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, n. 70, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (et al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napoletana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854.
- CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª Ed, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1980. v. 6.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad: Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963.
- FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, M. G. M. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.

HAAS, Evelyn. Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán. In: *Anuario de derecho constitucional latinoamerica*, 2006.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Trad: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAN, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 11, p. 166-175, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. <https://doi.org/10.5747/cs.2017.v01.nesp.s0071>

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi Di Procedura Penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899.

MANZINI, Vincenzo. Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1931.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. S. A execução provisória da sentença: uma análise econômica do processo penal. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, vol. 2, n. 2, p. 204-229, jul./dez. 2011. <https://doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v2n2p204-229>

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. São Paulo: Atlas, 2013.

PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 273/2016, Segunda Secção. Relator Conselheiro Fernando Ventura. Julgamento em 04 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160273.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La reforma procesal penal* (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José: Escuela Judicial, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 435.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad: Gersélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

SOUZA, João Castro e. *Os meios de coação no novo código de processo penal* (jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal). Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

STRECK, Lenio. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.5585/rdb.v16i7.500>

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. 4.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

WHATELY, Richard. *Elements of Retic*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Crítica à execução antecipada da pena (a revisão da súmula 267 pelo STJ). In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- Paulo Saint Pastous Caleffi: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação (introdução, tópicos 1-6 e conclusão), aprovação da versão final.
- Augusto Jobim do Amaral: revisão crítica e complementação bibliográfica, redação (introdução, tópicos 7 e conclusão), aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio. O presente artigo teve origem parcial no conteúdo da dissertação de Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS, apresentada por Paulo Saint Pastous Caleffi, em 17/03/2017, a qual foi intitulada “Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”. Esclarece-se que o item 7 deste trabalho foi publicado originalmente em: AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 281, p. 03-05, abr. 2016.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 07/08/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/08/2017
- Avaliação 1: 12/08/2017
- Avaliação 2: 15/08/2017
- Decisão editorial preliminar: 24/08/2017
- Retorno rodada de correções 1: 30/08/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 30/08/2017
- Retorno rodada de correções 2: 06/09/2017
- Decisão editorial final: 11/09/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.