Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro– RECONTO | v. 3, n. 2 | Jul./Dez. 2020
e-ISSN 2595-9840 | https://doi.org/10.33636/reconto.v3n2.e039

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRESUNÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA OU PRESUNÇÃO POLÍTICA?

THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE: TECHNICAL-LEGAL PRESUMPTION OR POLITICAL PRESUMPTION

Recebido em:	07/03/2019
Aprovado em:	05/05/2020

Guilherme de Sousa Rebelo[1]
Gerson Faustino Rosa[2]

RESUMO

O presente trabalho como meta a análise crítica da presunção de inocência ou de não culpabilidade e a exploração de situações que mitigam a eficácia de sua proteção ao acusado, quais sejam, a aplicação do suposto princípio do in dubio pro societate, a absolvição com fundamento na falta de provas para a condenação, a inércia legislativa, a decretação da prisão preventiva com fulcro na proteção da ordem pública, a regressão de regime por prática de fato definido como crime doloso, a exposição midiática excessiva e a execução provisória da pena. Para tanto, demonstrou-se, ademais, as várias formas de incidência da presunção de inocência, como regra de probatória, de juízo e de tratamento, e a importância de cada uma delas para a concretização de um processo penal democrático e humanista. Adiante, caracterizou-se a presunção como garantia fundamental e enfrentou-se individualmente as situações que violam o princípio, seguido de uma análise crítica sobre a incompatibilidade da execução provisória da pena com a presunção de inocência.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Garantia constitucional. Regra de tratamento. Execução provisória da pena.

ABSTRACT

The present work aims at the critical analysis of the presumption of innocence or non-culpability and the exploration and study of situations that mitigate the effectiveness of the protection of the accused, namely: the application of the supposed principle of in dubio pro societate; absolution based on the absence of evidence for conviction; legislative inertia; the enactment of preventive detention with focus on the protection of public order, regime regression for practice defined as felonious crime; excessive media exposure and provisional execution of the sentence. For that, the various forms of presumption of innocence, as the rule of probation, trial and treatment, and the importance of each of them for the execution of a democratic and humanist criminal process were also demonstrated. Furthermore the presumption of innocence was characterized as a fundamental guarantee and the situations that violate the principle were faced individually and were followed by a critical analysis of the incompatibility of the provisional execution of the sentence with the presumption of innocence.

Keywords: The Principle of Presumption of Innocence. Constitutional Guarantee. Treatment rule. Provisional Execution of the Sentence.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNICESUMAR. Assessor de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná – Comarca de Paraíso do Norte/PR. E-mail: guilherme.srebelo@hotmail.com

[2] Doutor, mestre e especialista em Ciências Penais. Professor de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 modificou profundamente o pensamento e o ordenamento jurídico brasileiro ao trazer como fundamentos a busca pelo Estado democrático de Direito e o respeito à dignidade da pessoa humana, constando em seu texto extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Insere-se, nesse contexto, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Política, o qual prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Hodiernamente, com a crise instalada na segurança pública e no campo político, há uma demanda da sociedade de respostas governamentais para o contorno da situação. O Poder Judiciário não está imune. Observa-se que existe uma pressão social para que o Judiciário seja mais severo em suas sentenças e, no caso específico do Superior Tribunal Federal, para que fixe em repercussão geral, vinculando as demais instâncias, entendimentos mais punitivistas, em detrimento de direitos e garantias constitucionais.

O objetivo deste trabalho é analisar de modo crítico, sem a pretensão de esgotar a matéria, qual o conceito, o conteúdo, o alcance, tanto penal, quanto extrapenal, e a importância da presunção de inocência para a proteção do cidadão e da garantia de um processo penal democrático e humanista, bem como analisar, mediante o diálogo com outros institutos jurídicos, casos políticos e decisões judiciais, situações que apresentam risco a concretização do princípio.

1 DO CONTEÚDO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 A presunção de inocência como princípio Constitucional Penal e princípio norteador do Processo Penal

A presunção de inocência está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5°, inciso LVII, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O dispositivo configura garantia individual limitadora do poder punitivo estatal, portanto, limitador do Direito Penal que garante ao réu o direito de ser tratado como inocente durante todo o processo, o que representa a prevalência de sua

liberdade, a distribuição do ônus da prova ao acusador e a não antecipação da punição antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além disso, trata-se de princípio norteador do sistema processual penal, indicando, desde a fase de elaboração legislativa até o final da persecução criminal, a direção que deve ser tomada quando da interpretação e aplicação das normas penais.

Nessa acepção, embora o princípio surja como uma limitação ao poder do Estado, tanto os agentes públicos quanto os privados o devem respeito. Assim, agentes privados com relação profissional como jornalistas e agentes de segurança, ou de relação pessoal como familiares da vítima, não podem se exceder em atos ou palavras, sob pena de desrespeito ao preceito constitucional[3].

A presunção de inocência tem como função "servir de eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme o determinado pela Constituição", representando "uma maneira de compreender, administrar e construir um sistema processual penal" no qual o indivíduo será considerado inocente desde o início da persecução criminal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória[4].

Considerando que vige no país um Código de Processo Penal desatualizado, redigido a partir de inspirações fascistas e em sua maior parte inconstitucional, a observância dos princípios constitucionais, no caso a presunção de inocência, torna-se essencial para legitimar esse sistema.

1.2 A ausência de variações terminológicas

Desde a elaboração da CF de 1998 há discussão doutrinária sobre a possível diferenciação entre os termos inocente e não culpado, especialmente se o legislador constituinte teria escolhido o termo não culpado como uma garantia menos ampla do que a presunção da inocência.

Para parte minoritária da doutrina, na qual se destaca Paulo Rangel[5], a Constituição não presume a inocência do réu, apenas sua não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença condenatória[6].

---

[3] MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2010, p. 599.

[4] Ibidem, p. 452.

[5] Cf. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

[6] DÓRO, Tereza Nascimento Rocha**. Princípios no processo penal brasileiro**. Campinas: Copola, 1999, p. 137.

Cabe destacar, no entanto, que o apreço pela expressão não culpado vem da escola Técnico-Jurídica Italiana[7], que influenciou o CPP de 1941. Para os pensadores da corrente, após a formação do processo não se falava mais em inocência, apenas em culpado e não culpado. Isso porque, a absolvição poderia ser fruto de falha na produção probatória, e não significar de fato a inocência[8]. Essa perspectiva, portanto, revela-se incompatível com um sistema que busca coibir que o acusado seja tratado de forma igual àquele já condenado definitivamente.

Ao se verificar a Emenda 1P11998-7 apresentada por José Ignácio Ferreira durante a Assembleia Constituinte, a qual foi aprovada e definiu o texto constitucional, nota-se que sua escolha pelo termo não culpado em detrimento da redação anterior que constava inocente, acompanha uma justificativa perfunctória, na qual aponta ser o termo escolhido mais técnico, destacando-se, entretanto, a manutenção integral da garantia[9].

Dessa forma, considerando a forma que o termo foi escolhido pelo constituinte e que os possíveis resultados da diferenciação colidem com o atual estágio constitucional do país, a discussão não subsiste[10].

Com relação a uma possível diferenciação entre os termos presunção de inocência e estado de inocência, explica Fernando Barbagalo que o primeiro termo se aproxima do princípio enquanto regra probatória, na qual o ônus da prova se distribui unicamente ao acusador, e o segundo ao modo tratamento do acusado, impedindo que seja comparado ao culpado[11], o que será melhor analisado a seguir.

---

[7] NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

[8] BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2015, p. 57. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 05 jun. 2018.

[9] BRASIL. Projeto de Constituição: Emendas oferecidas em plenário, p. 1244. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-228.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[10] No mesmo sentido, veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal – Tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

[11] BARBAGALO, Fernando Brandini. op. cit., p. 65.

1.3 A extensão subjetiva do princípio e atuação extrapenal

A redação da CF aponta que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessarte, evidente que a escolha pelo termo "ninguém" afasta qualquer diferenciação no momento da aplicação do princípio, como, por exemplo, no caso do estrangeiro.

Nesse sentido, a Constituição não retirou do reincidente, da pessoa com maus antecedentes e do preso a proteção do princípio, nem mesmo previu qualquer tipo de relativização. A regra é que todos, em princípio, devem ser vistos como inocentes até a decisão irrecorrível[12].

Com relação às pessoas jurídicas, nos poucos casos onde se discute sua responsabilidade penal, também deve ser presumida sua inocência, eis que são reconhecidamente titulares de direitos e garantias fundamentais, restando superada a doutrina que os restringem apenas às pessoas físicas[13].

Posto isso, cabe destacar que a presunção de inocência possuiu eficácia irradiante, isto é, "não se restringe, apenas, ao domínio do processo penal ou do direito penal, ao contrário, abrange a atividade do poder público em sua totalidade, funcionando como limite instransponível para seu funcionamento"[14].

Diante da grande extensão da aplicação extrapenal, cabem breves comentários sobre sua aplicação aos adolescentes investigados atos infracionais previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e aos réus em processos administrativos.

O ECA não previu expressamente o princípio, entretanto o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990, que prevê expressamente a presunção de inocência em seu artigo 40.

A jurisprudência, após algumas oscilações, consolidou a aplicação do princípio nas ações socioeducativas. Há no Superior Tribunal de Justiça decisão destacando que

---

[12] Cf. FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 307 e TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 318.

[13] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 165

[14] NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. op. cit., p. 153.

o princípio "não é aplicado somente ao denunciado no processo penal, e sim a todo acusado, inclusive ao menor infrator"[15].

Por outro lado, o STF também consolidou a aplicação da presunção de inocência nos processos administrativos, reconhecendo sua ampla incidência[16]. Ainda, no Recurso Extraordinário 482006 de Minas Gerais, declarou inconstitucional lei estadual que estipulava a redução dos vencimentos de funcionários públicos réus em processos criminais[17].

1.4 Presunção técnico-jurídica ou presunção política? Uma análise crítica do caráter relativo da presunção

A expressão presunção de inocência não pode ser considerada na literalidade, em sentido técnico-jurídico, pois impediria até mesmo o início das investigações contra o réu, pois não é possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente[18]. O que também tornaria ilógica a condenação em primeiro grau, pois não poderia o juiz condenar o réu presumindo-o inocente até o trânsito em julgado[19].

Dessa forma, a expressão deve ser interpretada de forma ideológica, como uma ruptura ao modelo anterior, que presumia a culpa.

Trata-se, portanto, de uma presunção política ou ideológica, com caráter relativo, *juris tantum*[20], pois o resultado final do processo poderá produzir prova contrária e a própria Constituição excepcionou sua incidência, ao permitir a prisão cautelar no art. 5º, LXI.

Com efeito, o STF enfrentando a matéria no HC 67707[21] do Rio Grande do Sul, um ano após promulgada a Constituição de 1988, julgou que a prisão cautelar é

---

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n° 118.009/SP. Rel. Min. Celso Limongi. Brasília, DF, 13 de abril de 2011. Disponível em: < http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1174.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

[16] Cf. Mandado de Segurança n° 23.626/DF.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n°482006/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 07 de novembro de 2017. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725391/recurso-extraordinario-re-482006-mg>. Acesso em: 05 jun. 2018.

[18] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

[19] BARBAGALO, Fernando Brandini. op. cit., p. 67-68.

[20] Cf. RE 565519/DF e HC 69.696/SP.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 67.707/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 07 de novembro de 1889. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71270>. Acesso em: 30 de jul. 2018. Veja-se ainda HC 67.841/SC e HC 89.754/BA.

compatível como o princípio, pois não vincula qualquer ideia de sanção antecipada. Porém, nesse caso, a restrição da liberdade decorrerá de motivos específicos, que não retiram do encarcerado a condição de inocente[22].

1.5 O termo final da presunção de inocência no Direito comparado

A redação da CF é clara ao impor como marco final do estado de inocência do réu o trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto, redação clara e expressa, que não permite qualquer tipo de indicação contrária. No direito comparado, nota-se que há constituições que assim como o Brasil definiram o trânsito em julgado, enquanto outras falam na formação da culpa.

No cenário europeu, observa-se que as constituições italiana e portuguesa optaram pelo trânsito em julgado como marco final da inocência. A primeira, prevê em seu artigo 27[23] que "o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva"[24], enquanto a segunda dispõe que "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. "

No caso da América do Sul, as constituições da Argentina, Uruguai e Chile não trazem previsões expressas do princípio. A constituição do Peru prevê que[25] "toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente sua responsabilidade"[26], enquanto a constituição paraguaia afirma que[27] "no processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a que seja presumida sua inocência".

---

[22] FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 311.

[23] No original: L'imputato non e` considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

[24] ITÁLIA. Constituição da República Italiana (1947). Disponível em: < https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 26 jun. 2018.

[25] No original: 24 [...] e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

[26] PERU. Constituição Política do Peru (1993). Disponível em: < https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2018.

[27] No original: Artículo 17: En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1. que sea presumida su inocência [...];

1.5 As várias faces da presunção de inocência

1.5.1. A presunção de inocência como norma probatória

Com relação ao conteúdo do princípio, a doutrina ensina que a presunção de inocência apresenta três vertentes, probatória, de tratamento e a de juízo ou tratamento.

A presunção de inocência revela-se como norma probatória, transferindo o ônus da prova no processo penal para o órgão acusatório, "pouco importando quem o constitui"[28], isto é, para o Ministério Público nas ações penais públicas e para o querelante nas ações privadas.

A faceta probatória é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se o voto do Ministro Celso de Mello no HC 73.338, no qual apontou que não cabe mais ao réu demonstrar sua inocência como no passado, mas ao Ministério Público provar, de forma inequívoca, sua culpa, devendo o decreto condenatório basear-se em um juízo de certeza[29].

Decorrência do ônus da prova é o direito do réu ficar em silêncio. Se o sujeito é naturalmente inocente, não se exigindo dele qualquer prova de sua inocência, deduz-se que não é obrigado a se acusar. Portanto, tem, em caráter absoluto, o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado sobre os fatos.

Por fim, outra decorrência da norma probatória é a imposição de que a prova seja lícita. Se de um lado é repelida a limitação ou hierarquização de provas, permitindo à acusação e defesa aproveitar tudo o que for útil as suas fundamentações[30], de outro há a proibição do uso de prova obtidas por meios ilícitos, principalmente quando em prejuízo do acusado, conforme dispõe o artigo 157 do CPP.

Por fim, destaca-se que a norma probatória não incide apenas na decisão de mérito, mas em toda decisão que restrinja direitos do acusado no curso persecutório. Dessa forma, eventual decretação de medida cautelar baseada em prova ilícita representa clara transgressão ao princípio.

---

[28] NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 265.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 73.338. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de agosto de 1996. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia >. Acesso em: 05 jul. 2018.

[30] CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 108.

1.5.2 A presunção de inocência como norma de juízo

A presunção de inocência como "norma de juízo" decorre fundamentalmente da norma probatória, pois se dirige à análise do material probatório produzido no curso processual para convicção judicial, valorando sua aptidão para condenar o acusado, afastando seu estado de inocência, e ainda, para a correta subsunção do fato à norma.

Deve-se considerar que a condenação depende de um juízo de certeza do julgador, repelindo-se a condenação resultante decorrente de opiniões, convicções, extraídas por elementos externos ao processo, elementos informativos da fase inquisitiva não confirmados na fase processual, e, ainda, de provas ilícitas incriminadoras. Assim, a norma de juízo impõe que o magistrado demonstre na fundamentação da sentença que o material incriminador é idôneo e suficiente para a condenação[31].

A consubstancialização da presunção de inocência como norma de juízo é verificada nos princípios *in dubio pro reo* e favor rei[32].

O *in dubio pro reo* indica que nos casos de dúvida deve-se resolver favoravelmente ao réu, sendo imperativa a absolvição quando não há certeza sobre a autoria e materialidade[33].

Por outro lado, o favor rei tem sua base nos ideais na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na proteção da liberdade e patrimônio do cidadão, por meio do devido processo legal[34].

Baseia-se na predominância do direito de liberdade do acusado, que prevalecerá sempre que colocado em confronto com o poder punitivo estatal. Desse modo, sempre que diante de regras ou intepretações antagônicas, deverá se optar pela regra que atenda melhor ao *jus libertatis* do acusado[35].

Para a realização desses ideais, o favor rei incide tanto no campo legislativo, no momento de elaboração, quanto no campo judicial, impondo ao intérprete qual opção axiológica constitucional deverá aplicar a norma ao caso concreto[36].

---

[31] MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 509-581

[32] CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 41.

[33] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398.

[34] MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 460.

[35] RANGEL, PAULO. op. cit., p. 35.

[36] MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 460-461.

Pressuposto lógico da regra de juízo é a necessidade de fundamentação consistente na sentença condenatória, que não se basta na exposição de escolhas fático-jurídicas, mas sim, faz-se mister o ato de embasar porque essas escolhas são as corretas para o concreto, sempre respeitando a Constituição e a presunção de inocência[37]. Configura-se, assim, instrumento de verificação da imparcialidade[38] das decisões, bem como do respeito judicial às garantias fundamentais[39].

1.5.3 A presunção de inocência como regra de tratamento

Por fim, a terceira face da presunção de inocência é sua incidência como norma de tratamento. Nesse ponto, protege-se o acusado de receber tratamento que o diminua socialmente, moralmente ou fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo criminal[40]. Ainda, representa uma proibição de antecipação de qualquer efeito negativo decorrente da sentença condenatória que importe o reconhecimento da culpabilidade antes do seu trânsito em julgado[41][42] .

Dessa forma, impõe-se que o tratamento dispensado ao acusado deve ser de acordo com os direitos e garantias fundamentais integrantes da esfera penal[43]. O que resulta na impossibilidade de prisões cautelares compulsórias, afirmativa de autoria, uso desnecessário de algemas, identificações desnecessárias, entre outros[44].

Outrossim, como corolário da antecipação dos efeitos negativos, a jurisprudência da corte suprema se consolidou no sentido de proibir a consideração de inquéritos policiais ou ação penais em andamento, incluindo sentenças condenatórias sem trânsito em julgado, como circunstâncias que aumentem a pena-base no momento da dosimetria da pena[45].

---

37 Ibidem. 598.

38 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. p. 498.

39 CALEFFI, Paulo Saint Pastous. op. cit., p. 40-43.

40 NICOLITT, André Luiz. op. cit., p. 150.

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

42 A respeito dessa faceta, veja-se outra notável decisão do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus n° 89.501.

43 CALEFFI, Paulo Saint Pastous. op. cit., p. 27 *apud* GIOACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

44 CALEFFI, Paulo Saint Pastous. op. cit., p. 27

45 Cf. Informativo n° 405 do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido é o verbete n° 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, o principal aspecto da impossibilidade da antecipação dos efeitos negativos da sentença condenatória é a questão da execução provisória da pena. Como exposto, o princípio impede que medidas de coerção pessoal contra o acusado sejam adotadas sem caráter cautelar, ou seja, quando extremamente necessárias[46].

De outro lado, se o réu somente pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão provisória não pode configurar simples antecipação da pena[47], o que leva a conclusão, prima facie, da impossibilidade da execução provisória[48].

Dos aspectos apresentados, a regra de tratamento, sem dúvidas, é a que gera mais discussão e o que vem sendo alvo de constantes viradas jurisprudenciais no STF no tocante à execução provisória da pena, o que será melhor analisado a seguir.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E SEUS ENFRENTAMENTOS

2.1 A presunção de inocência como garantia fundamental

A presunção de inocência materializa direito fundamental de primeira geração, que protege o indivíduo contra o uso arbitrário do poder punitivo pelo Estado, é, portanto, instrumento de garantia de sua liberdade e dignidade humana[49], de caráter indisponível e irrenunciável[50].

O Ministro do STF Celso de Mello, ao proferir voto no HC 152752, apresentou relevante caracterização do princípio como direito fundamental, indicando se tratar de "uma prerrogativa básica que compõe o estatuto constitucional de defesa daqueles que

---

46 RANGEL, Paulo. op. cit., p. 24.

47 FERNANDES, Antônio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 328.

48 Nesse sentindo também concluem Denilson Feitosa Pacheco e Luiz Vicente Cernicchiaro: PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: Teoria, crítica e práxis. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006 e CERNICCHIARO, Luiz Vicente. op. cit., p.111.

49 RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. **Princípio de presunção de inocência ou de não-culpabilidade**: estudo crítico do seu sentido, alcance e consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico. p. 6. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%AAncia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20fina.pdf>. Acesso em 07 jul. 2018.

50 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264.

sofrem persecução estatal" e são expostos, muitas vezes, a práticas estatais fundadas em visões autoritárias que se aproximam do direito penal do inimigo[51].

A presunção de inocência, como qualquer outro direito ou garantia fundamental, não possui caráter absoluto. Todavia, qualquer restrição no seu âmbito de proteção precisa decorrer previsão em lei, ser devidamente fundamentada constitucionalmente e mostrar-se excepcional, tendo em vista que a regra hermenêutica é a de garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que possuem, inclusive, aplicação imediata.

Importante ressaltar, que sendo a presunção de inocência uma garantia individual, é, nos termos do artigo 60, parágrafo segundo, inciso IV, da Constituição Federal, cláusula pétrea, ou seja, faz parte do núcleo intangível das normas constitucionais.

Além disso, em caso de conflito de normas constitucionais, ainda que não haja hierarquia, as cláusulas pétreas devem prevalecer, eis que consideradas axiologicamente superiores às demais normas[52].

2.2 Enfretamentos para concretização do princípio da presunção de inocência

2.2.1 Da inexistência do princípio do *in dubio pro societate*

Embora o inegável avanço na defesa e aplicação dos direitos e garantias fundamentais, nota-se, no caso da presunção de inocência, que ainda há diplomas legais e decisões judicias que mitigam ou afastam completamente sua incidência.

Um dos casos é a fundamentação de recebimento de denúncias, de sentenças de pronúncia e revisões criminais com base no suposto princípio do *in dubio pro societate*. O que, por si só, não significa a rejeição da presunção de inocência, mas se mostra expressão equivocada e com margem para possíveis abusos.

Na verdade, a cada fase, seja de inquérito ou processual, a persecução só poderá continuar ao se mostrar legítima, o que depende da adequação e eficácia do material probatório incriminador apresentado pela acusação para aquela etapa.

---

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 152.752 Paraná. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de abril de 2018, p. 7-8. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello-habeas.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

[52] NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48.

Dessa forma, no momento do recebimento da denúncia deverão estar presentes indícios suficientes de autoria e na decisão de pronúncia deverá o julgador estar convencido dos indícios de autoria, agora, todavia, apoiado em todo o material probatório produzido na fase instrutória[53]. O que, sem dúvidas, é bem diferente da concepção que na incerteza o magistrado deverá militar em favor da sociedade.

Parece mais correta, nesse sentido, a posição exarada pelo STJ no HC 175.639 do Acre, a qual nega a existência do *in dubio pro societate* e aponta que tanto a imputação quanto a sentença devem se apoiar em dados seguros[54].

Assim, por exemplo, para o recebimento da denúncia exige-se a presença indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, os quais, ausentes, levam a rejeição da peça acusatória por falta de justa causa. Logo, não pode se dizer que nesta fase a dúvida deve se operar em favor da sociedade. Caso haja, "deve o Estado prosseguir investigando e, ao superar a dúvida, oferecer a denúncia com o preenchimento dos requisitos legais"[55].

2.2.2 A absolvição com fundamento na falta de provas para a condenação

Outro ponto que representa afronta ao princípio da presunção de inocência é a absolvição do réu por falta de "prova suficiente para a condenação", hipótese prevista no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Esse dispositivo é herança das influências fascistas italianas na elaboração do Código, na qual se pretendia marcar o indivíduo a todo custo. Como visto anteriormente, essa escola jurídica reconhecia o in dubio pro reo, absolvendo na dúvida, porém, rejeitavam a presunção de inocência, o que deixava o acusado na condição de quase culpado[56].

Diante disso, o que se depreende da redação do inciso, é que o réu, mesmo absolvido, deverá sair marcado para a sociedade como um quase condenado, ou seja,

---

53 MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 520-529.

54 Cf. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. op. cit., p. 110 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 125.639 Acre. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0493.rtf>. Acesso em: 20 ago. 2018

55 BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

56 MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 513.

alguém que é considerado culpado pelo julgador, mas absolvido por rigor técnico diante de uma falha na produção probatória.

Dessa forma, cria-se uma imagem de absolvição duvidosa, fruto da incapacidade probatória da acusação e, ainda, o sentimento de que a presunção de inocência é um óbice a obtenção da justiça, visto que alguém que se sabe culpado deve ser absolvido por falta de uma prova robusta. O que é incompatível com o conteúdo do princípio.

2.2.3 A inércia legislativa como afronta à presunção de inocência

Não obstante a visão tradicional de obrigação de não fazer enquanto garantia de fundamental de primeira geração, em uma visão moderna, é obrigação do Estado criar mecanismos para efetivar ao máximo essa proteção por meio de prestações positivas, o que acontece por edição de leis conformadoras[57].

Considerando que a ordem constitucional é da máxima efetividade dos direitos fundamentais, conclui-se que a edição dessas normas é uma obrigação do legislador, todavia, o que se observa no Brasil é a inércia legislativa, sendo tarefa simples a verificação no campo Penal e Processual Penal.

Como reiterado, o processo penal brasileiro é regido por um código fascista e anacrônico, diametralmente oposto a diversos direitos e garantias fundamentais. Considerando que foi criado em 1941 e que o país se redemocratizou em 1985, não há que se cogitar falta de tempo para a edição de um novo diploma, pelo contrário, reforça a ideia de que o Poder Legislativo se encontra inerte, alheio a sua obrigação de legislar[58].

As consequências dessa inércia recaem sobre o Poder Judiciário que é obrigado, muitas vezes, a decidir sobre um vazio legislativo, seja por ausência de previsão, seja por ser a previsão ultrapassada e inconstitucional. O que cria a complicada situação que obriga o judiciário a legislar indiretamente em suas decisões, criando precedentes para constitucionalizar o sistema penal e processual penal.

---

[57] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 597-598.

[58] Reforçando-se a crítica, veja-se: MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 375.

2.2.4 O problema da carga semântica do termo ordem pública na decretação da prisão preventiva

Dispõe o artigo 312, caput, do CPP que 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".

Não obstante o caráter excepcional da medida, que visa garantir o resultado profícuo do processo, e não antecipar a pena, não é incomum se deparar com juízes e tribunais que rompem cotidianamente os critérios de preservação da liberdade do réu, decretando prisões sem critérios racionais ou de regramento jurídico[59].

Um elemento que parece promover esse comportamento violador da presunção de inocência, é a previsão da hipótese de decretação da prisão da prisão preventiva por garantia da ordem pública, que carrega consigo uma vasta gama de significados.

Com efeito, além da própria indeterminação do conceito jurídico "ordem pública", os termos escolhidos para explicá-lo são igualmente indeterminados, indefinidos ou intermináveis, como, por exemplo, "segurança, bons costumes, moralidade, paz social, credibilidade das instituições, tranquilidade, periculosidade e salubridade"[60].

Luiz Regis Prado assevera que a presunção de inocência é uma das vítimas da situação, apontando que apesar de todo o ensinamento constitucional e histórico, alguns sentidos da ordem pública fazem se presumir pela certeza da responsabilidade penal do réu e de que é propenso a uma vida de crimes[61].

O STF já se debruçou sobre o tema em diversos julgamentos e, reconhecendo a ampla incidência do termo ordem pública, passou a delimitar sua aplicação como fundamento da prisão preventiva. Assim, decidiu que a gravidade do crime e suas circunstâncias não são, por si sós, ensejadoras da cautelar, bem como ser incabível a prisão preventiva para saciar os anseios populares, o conhecido clamor público[62].

---

[59] MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 483.
[60] PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. op. cit., p. 53.
[61] Ibidem, p. 186-188.
[62] Cf. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 68631, Habeas Corpus n° 83.943 e Habeas Corpus n° 96.483.

Diante disso, o respeito ao princípio depende da fundamentação efetiva das decisões que decretam a prisão preventiva, com estrita observância das normas constitucionais ao se interpretar e aplicar o conceito ordem pública.

2.2.5 A regressão de regime por prática de fato previsto como crime doloso

Outro ponto onde há o afastamento do princípio da presunção de inocência é na Lei de Execução Penal, que prevê a regressão de regime por prática de fato definido como crime doloso, dispensando o trânsito em julgado do processo que analisaria a conduta e até mesmo a condenação em primeira instância.

O STF já analisou várias vezes a matéria e rechaçou a aplicação do princípio para o instituto, confirmando a incidência da regressão do regime ainda que sem a conclusão do processo criminal[63].

Todavia, é certo que um fato só poderia ser considerado como criminoso após o julgamento e condenação por órgãos jurisdicionais e impor a regressão de regime apenas com a apuração administrativa do fato, viola inevitavelmente, a presunção de inocência.

Resta, com a aplicação da regressão sem o devido processo legal para apurar o fato, o questionamento de como superar as consequências do condenado posto em regime fechado e posteriormente absolvido no processo criminal que apurou a conduta.

2.2.6 O problema da exposição midiática excessiva

Indiscutível que CF 1988 garantiu a liberdade de pensamento, determinou a publicidade dos atos processuais e proibiu a censura, todavia, o exercício desses direitos e deveres devem observar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, do devido processo legal e da presunção da inocência, o que consiste no respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

Todavia, o que se observa, na verdade, é a espetacularização dos crimes pela mídia, sem qualquer preocupação com a situação processual do indivíduo. O espaço dado ao noticiário criminal apresenta constante crescimento, tomando a maior parte

[63] Veja-se Habeas Corpus n° 97.218. Alinha-se com o tribunal Guilherme Nucci em NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 502.

dos programas. O que, considerando que a imprensa é uma atividade exercida visando o lucro, leva a conclusão que a exposição da violência é lucrativa.

O grande enfrentamento da presunção de inocência neste ponto é a exposição negativa e agressiva do réu, que muitas vezes é posto como violento, perverso e culpado, ainda que sem qualquer tipo de investigação ou processo[64].

O problema não é desconhecido do judiciário. No interessante julgamento do Habeas Corpus HC 89.429-1/RO de Rondônia, no qual o impetrante pedia a garantia do direito de não ser algemado e exposto à exibição para as câmeras da impressa, a relatora Ministra Carmen Lúcia preferiu voto concedendo a ordem, apontando na sua fundamentação que a espetacularização da prisão pode representar uma pena de morte, não física, mas social[65].

Além da criação de um rótulo social, a grande preocupação causada pela exposição midiática excessiva é a possível, ou provável, influência sobre o julgador, especialmente no caso do Tribunal do Júri, já que os juízes são leigos, que não possuem, em regra, o conhecimento técnico para julgar imparcialmente, rechaçando as pressões externas. Assim, a tendência é que o réu seja julgado pelo que foi exposto pela mídia, principalmente nos casos de grande repercussão.

Dessa forma, a presunção de inocência que deveria orientar todo sistema, inclusive a atividade jornalística, acaba sendo mitigada pelo espetáculo da imprensa, o que precisa ser urgentemente repensado, sugerindo-se apenas a informação do fato, sem exposição de imagens e da identidade da pessoa[66].

---

[64] CARDOSO. Helena Schiessl. **Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista**: necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2011, p. 58. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25722/Dissertacao%20Helena%20Schiessl%20Cardoso.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 20 jul. 2018.

[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 89.429-1 Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em 20 set. 2018. No mesmo sentido, aduz Américo Bedê Júnior que "muitas vezes, a imprensa transforma o processo penal em um espetáculo, envolvendo o acusado de tal forma que, ainda que sobrevenha sua absolvição, a sanção já teria sido severamente imposta, pelo simples fato de ter ostentado a condição de réu". BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. op. cit., p. 66.

[66] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191-192 e MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 634.

2.2.7 A execução provisória da pena

Com relação à execução da pena, há dois diplomas que devem ser levados em consideração, o Código de Processo Penal, Decreto-Lei n° 3.689 de 1941, e a Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984.

Importante ressaltar que, como exposto anteriormente, o CPP foi redigido no Estado Novo, ditadura da Era Vargas, portanto, não pode ser interpretado e aplicado por si só. Por outro lado, há dispositivos mais novos, inseridos em reformas do código, que indicam outra linha de pensamento, mais garantidora, dentre os quais se destaca o artigo 283.

Depreende-se do referido artigo que trata de medida cautelares que o CPP prevê o encarceramento em quatro hipóteses: flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, sendo caso de prisão temporária ou prisão preventiva e em decorrência de sentença condenatória transitado em julgado.

Dessa forma, é nítida a opção do legislador reformista em determinar o início da execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Cabe destacar, nesse sentido, que a exposição de motivos do anteprojeto da Lei n° 12.403 de 2011, que alterou a redação do artigo, aponta de forma expressa que objetiva proibir prisões de natureza não cautelar antes do trânsito em julgado da sentença condenatória[67], o que revela a *mens legis*, ou seja, o espírito, vontade da lei.

Além disso, a reforma realizada em 2008 revogou os artigos 393, que tratava dos efeitos automáticos da sentença recorrível, a prisão e o lançamento do nome do réu ao rol dos culpados, 594, que impunha a necessidade da prisão para apelar e 595, que considerava deserta a apelação caso o réu fugisse. Ainda, revogou o art. 387 e 413, §3º, que tratavam da prisão automática em decorrência da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia[68].

Por sua vez, a LEP, também anterior a CF de 1988, que regula propriamente a execução penal, em seu artigo 105, dispõe que "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".

---

[67] BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Demóstenes Torres. Parecer. p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-11108.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018. No mesmo sentido é a justificativa apresentada pelo Poder Executivo: BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei n° 4.208 de 2001, p. 2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19607.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

[68] MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit., p. 558.

Todavia, em seu artigo 2º, parágrafo único, dispõe que suas disposições também se aplicam ao preso provisório, o que causa discussões sobre a possibilidade da prisão provisória.

Nos ensinamentos de Noberto Avena e Rogério de Lauria Tucci, contudo, o termo preso provisório, neste caso, refere-se apenas a aquele que se encontra sob prisão cautelar, eis que o flagrante deixou ser forma de manutenção da prisão e as prisões após sentença condenatória recorrível e da pronúncia não mais subsistem no ordenamento, sendo pressuposto para a execução a sentença irrecorrível[69][70].

Por outro lado, há correntes diversas, que apontam pela possibilidade da execução provisória e sua compatibilidade com a presunção de inocência, utilizando diversas linhas de fundamentação.

Para Rogério Sanches Cunha a LEP prevê a execução provisória em seu segundo artigo, assim, à luz da atual posição do STF, assevera que se deve ter cuidado para não confundir os conceitos de "início do processo de execução, que exige o trânsito em julgado da sentença, com o início da execução da pena, demandando recolhimento do condenado à prisão após o acórdão em segunda instância[71]".

Seguem o mesmo posicionamento Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, os quais apontam a possibilidade de execução provisória por três motivos, a não previsão de efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário, a falta de efetividade dos recursos na correção do caso prático e a terminologia empregada pela LEP[72].

Dessarte, pode se observar a existência de duas correntes teóricas bem delimitadas sobre a compatibilidade da execução provisória com a presunção de inocência e a Constituição. O que parece afetar o STF, visto que vem alternando constantemente sua jurisprudência, o que será visto a seguir.

2.3 Breve análise dos recentes julgamentos do STF sobre a execução provisória

---

[69] AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**: esquematizado. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 28; TUCCI, Rogério de Lauria. op. cit., p. 282.

[70] Não é outra a lição de Ada Pellegrine, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes em: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 300.

[71] CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de Execução Penal para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 137.

[72] BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal:** entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85.

2.3.1 Voto do Ministro relator Teori Zavascki no Habeas Corpus n° 126.292

A jurisprudência do STF sobre a execução provisória da pena vem mudando ao longo dos anos. A posição clássica, pautada no CPP e nas constituições anteriores a de 1988, era a de permitir a execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que só foi alterado em fevereiro de 2009, no HC 847087 de Minas Gerais.

Contudo, esse entendimento durou pouco, até o julgamento do Habeas Corpus n° 126.292 de São Paulo em 2016, quando foi determinado o início do cumprimento da pena após o acórdão de segundo grau. O HC foi relatado pelo Ministro Teori Zavascki, de quem se destaca o voto.

A tese apresentada por Teori foi a da presença de juízo de certeza quando da apreciação da apelação em segunda instância, ante ao exaurimento do exame sobre os fatos e as provas da causa e a fixação, sendo o caso, da responsabilidade penal do acusado, momento em que ficaria concretizado, em grau genuíno, o duplo grau de jurisdição[73].

Em decorrência, apontou o Ministro que não havendo discussão de fatos e provas após a segunda instância faz sentido negar efeito suspensivos aos recursos especial e extraordinário e, ainda, relativizar ou até inverter princípio da presunção de inocência até então observado, sendo eventuais erros corrigidos por outros mecanismos jurídicos, suspendendo, caso preciso, a execução provisória da pena.

Outro argumento apresentado foi o Direito Comparado, no qual apontou que não há no cenário internacional país que aguarde o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Como efeito da virada jurisprudencial, tornou-se comum as decisões que permitem a execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri, com fundamento na impossibilidade dos Tribunais reavaliarem fatos e provas, ante a soberania da decisão do Júri[74].

2.3.2 Voto do Ministro Edson Fachin na liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44

---

[73] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 126.292P. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016, p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 23 set. 2018.

[74] Veja-se, nesse sentido, HC 118770 STF e RCl 27011 AGR/SP

Ainda em 2016 houve julgamento das liminares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e 44. Os ministros do Supremo tinham como opções ao votar decretar que a decisão do HC n° 126.292 violou o artigo 283 do CPP, reformando, por consequência, aquela decisão, ou declarar a inconstitucionalidade do referido artigo. Todavia, foi escolhida uma terceira opção, dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo[75].

O ministro Edson Fachin, primeiro a votar após o relator, abriu a divergência que saiu vencedora para negar a liminar. Segundo o ministro, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola a presunção de inocência.

Nesse sentido, apontou que o princípio deve ser interpretado e ponderado em conjunto com outros princípios constitucionais de mesma ênfase. Aduziu, ainda, que "a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto"[76].

Por fim, concluiu o voto apontando pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP, dando interpretação conforme à Constituição para permitir a execução provisória da pena após o acórdão em grau de apelação, salvo nos casos que for atribuído efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial.

2.3.4 O voto do Ministro relator Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus n° 152.752 (Caso Lula)

Em 2018 houve o julgamento do HC 152.752 Paraná, no qual novamente se manteve a possibilidade da execução antecipada e ganhou grande repercussão por ser paciente o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

O ministro relator Luís Roberto Barroso defendeu o início do cumprimento de pena após a decisão de segunda instância com base na tese da mutação constitucional, o que seria uma mudança da interpretação constitucional feita pela Corte, alterando o sentido e alcance da norma.

---

[75] CALEFFI, Paulo Saint Pastous. op. cit., p. 124.

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n°s 43 e 44. Voto do Ministro Edson Fachin. Decisão Liminar. Brasília, DF, p. 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

Segundo explicou, a mutação ocorre quando há alteração relevante na realidade social, na compreensão do direito ou pelos impactos negativos produzidos pelo entendimento anterior[77].

Asseverou que os pontos negativos da proibição da execução provisória da pena são o poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios, gerando prescrições virtuais; o reforço à seletividade do sistema penal, e o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade[78].

Fundamentou juridicamente seu voto dizendo que a CF não exige trânsito em julgado para a prisão, mas sim, ordem escrita e fundamentada de autoridade competente e que as declarações de Direitos Humanos também não exigem o trânsito em julgado, bem como a maioria dos países. Alegou ainda, que é baixíssima alteração das decisões nos tribunais de superposição e erros podem ser corrigidos por habeas corpus que não vêm sendo restringidos.

Aduziu ainda, que a presunção de inocência, por ser um princípio não tem aplicação binária, isto é, respeito ou desrespeito, mas é, na verdade, aplicada após ponderação, que é a concessão de pesos distintos para cada princípio incidente no caso concreto, devendo preponderar, nesse caso, a efetividade mínima do sistema penal.

Por fim, apontou Barroso que a proibição da execução provisória da pena causa sensação de insegurança na sociedade e, apesar de ser inadequado interpretar a Constituição para atender o clamor público, o Supremo Tribunal Federal deve atender um valor mínimo de senso de Justiça.

2.3.5 Análise crítica do voto do Ministro Celso de Mello na ADC 43 do Distrito Federal como proposta teórica para a possibilidade de execução provisória da pena

Em novembro de 2019 houve o último julgamento sobre a execução provisória da pena, com o julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF. Na ocasião, a maioria entendeu pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP e pela impossibilidade da execução antes do trânsito em julgado, alterando-se novamente o entendimento. Dentre os votos, destaca-se o do Ministro Celso de Mello.

---

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 152.752. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/videos/v/na-integra-luis-roberto-barroso-vota-para-negar-habeas-corpus-a-lula/6636148/>. Acesso em: 15 jul. 2018.

[78] Idem.

Com efeito, apontou que a Constituição Federal não pode ser submetida às vontades dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. Assim, os julgamentos no STF, para ser imparciais e isentos, devem se manter longe dos clamores e pressões externas, sob pena de completo afastamento do sistema constitucional e mitigação dos direitos e garantias fundamentais[79].

Iniciando a argumentação jurídica contra a execução provisória da pena, Celso de Mello apontou ser incongruente o STF proibir o lançamento do nome do réu ao rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas permitir a execução provisória da pena, ou seja, permite que o réu sofra a consequência mais danosa e impede a menos grave.

Apontou que a Constituição previu expressamente a prisão preventiva e a decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, mas se silenciou sobre a execução provisória. O que leva a conclusão de que a Carta Política teria previsto expressamente a prisão para execução provisória caso fosse a intenção.

Com relação ao argumento dos recursos protelatórios, apontou que os recursos são previstos em lei e devem ser utilizados, sob pena de uma atuação inepta do defensor do réu. Asseverou que o combate aos recursos protelatórios deve ser realizado por meio dos filtros de admissibilidade previstos na própria lei para evitar os exageros recursais, como a necessidade de demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário.

Concluiu que a solução estaria, portanto, na reformulação do sistema processual pelo Poder Legislativo, para que o sistema seja mais racional e efetivo, mas não como se pretende, desconsiderando um direito fundamental legitimado pelo princípio democrático.

Em continuidade, o Ministro apontou que a sensação de impunidade e inefetividade do sistema penal decorrente desse sistema recursal pródigo não decorre do direito fundamental de se presumido inocente.

Esse posicionamento, na verdade, parece deixar de lado os problemas estruturais da persecução criminal, especialmente no que diz respeito a falta de

---

[79] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019, p. 25. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

recursos e de pessoal na Polícia Judiciária, o que impede uma investigação de qualidade que indiscutivelmente melhoraria a qualidade dos julgamentos. Ainda, da baixa efetividade dos tribunais brasileiros, que levam uma grande quantidade de tempo para apreciar os recursos, o que além da ineficiência, também é fruto da cultura litigante instaurada no país, que lota o Judiciário com processos de outras áreas do Direito.

Especificamente ao conteúdo do princípio, apontou o ministro que ao se interpretar a previsão do artigo 5º, inciso LVII da Constituição pátria é possível concluir que a Lei Maior estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência "somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"[80].

CONCLUSÃO

Os Direitos e Garantias Fundamentais não surgem por acaso. São conquistas sociais lapidadas na maioria das vezes ao longo de séculos, e que mesmo após a positivação e reconhecimento demandam constante atenção, pois não são poucas as correntes autoritárias que buscam a diminuição ou extinção desses direitos. Não é diferente o caso da presunção de inocência.

No Direito brasileiro, a presunção de culpa reinou até a Constituição Federal de 1988, marco inicial da previsão do princípio. Todavia, a evolução não foi acompanhada no campo infraconstitucional, eis que o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, foi concebido em período autoritário e com influências fascistas e, apesar das reformas realizadas, continua inconstitucional em sua maior parte.

Enquanto princípio constitucional, é certo que a presunção de inocência não tem sua incidência limitada à área penal. Além de outras áreas do Direito, a presunção de inocência também se aplica ao réu em processo administrativo disciplinar e ao adolescente representado em Ação Socioeducativa.

A partir do estudo do conteúdo do princípio se pôde concluir que não há diferenciação constitucional entre as terminologias presunção de inocência e de não culpabilidade, embora correntes diversas, sendo improdutiva a discussão.

---

[80] Na doutrina, compartilham a conclusão Carolina Noura de Moraes Rêgo e Luís Roberto Gomes, Paulo Saint Pastous Caleffi e Eugênio Pacelli, cf. RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. op. cit., p. 11-12; Cf. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. op. cit., p. 30 e PACELLI, Eugênio. **Curso de processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51.

Ainda com relação ao seu conteúdo, conclui-se que a presunção de inocência se manifesta como regra probatória, de juízo e de tratamento. A primeira, distribui o ônus da prova no processo penal ao acusador, seja o Ministério Público ou o querelante, visando buscar maior equilíbrio entre acusação e réu, visto ser inegavelmente mais fácil acusar do que se defender. A segunda, indica a necessidade de fundamentação clara e individualizada das decisões, bem como abrange os subprincípios do *in dubio pro reo* e favor rei, que estabelecem, respectivamente que a dúvida deve ser resolvida em benefício do acusado e que as normas devem ser interpretadas e aplicadas da maneira menos prejudicial ao réu.

Por fim, a regra de tratamento impede a antecipação dos efeitos negativos da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, isto é, impede que o acusado seja tratado como condenado antes da sentença se tornar irrecorrível. Deve ser observada tanto pelos agentes públicos envolvidos na persecução criminal, quanto agentes privados, sejam quais forem as suas relações com o réu ou com o processo.

Entretanto, a presunção de inocência é vítima de uma série de situações que violam seu conteúdo, o que é, muitas vezes, resultado de pensamentos punitivistas decorrentes da crise de violência e política que vive o país.

Como se viu, a violação da presunção de inocência começa com a inércia do legislador em relação à legislação penal e processual, em especial o Código de Processo Penal, anacrônico e de inspiração fascista, e em sua maior parte inconstitucional. Ao não editar uma nova lei ou não realizar uma profunda reforma no código vigente, o que parece menos eficiente, o legislador abdica da sua função constitucional e deixa a cargo do Poder Judiciário a responsabilidade de adequar o Processo Penal à Constituição, o que não é apropriado, nem constitucional.

Há, também, violação da presunção de não culpabilidade em decisões ou sentenças baseadas no princípio do *in dubio pro societate*, o qual se concluiu inexistente.

Ainda, concluiu-se pela violação no fundamento de absolvição por falta de provas para condenação, visto que representa uma condenação social para o acusado. O que também aconteceu com a atuação desenfreada da mídia no noticiário criminal. E, ainda, pela regressão de regime pela prática de fato definido como crime doloso sem o devido processo legal para apuração dessa conduta.

Todavia, a principal causa de discussão reside na compatibilidade da execução provisória da pena com a presunção de inocência. Nota-se que o tema é divergente

inclusive no Supremo Tribunal Federal, que oscilou sua jurisprudência na última década, sempre em votações apertadas.

Como exposto, não há compatibilidade entre a execução provisória e o princípio. O enunciado do artigo 5º, LVII, da CF, possuiu redação clara e indiscutível, indicando o termo a partir do qual o acusado perde seu estado de inocência e passa a sofrer a execução da pena imposta pela sentença penal condenatória, qual seja, o trânsito em julgado da condenação. O mesmo se observa em dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Importante ressaltar que não se nega certa ineficácia do sistema penal e problemas de política criminal no Brasil, todavia, não é a redução de Direitos e Garantias Constitucionais que irá resolver a situação. Assim, antes de afastar a presunção de inocência, dever-se-ia melhorar a estrutura da Polícia Judiciária, para que se investigue melhor, o que certamente é mais efetivo contra impunidade.

Da mesma forma, rechaça-se a tese de que a presunção de inocência causa impunidade ante a interposição de recursos protelatórios e as prescrições decorrentes da demora no julgamento.

A solução dessa questão não é a violação de garantia fundamental, mas sim a reformulação de todo o sistema recursal, não só processual penal, diminuindo a quantidade de recursos e criando um filtro de admissibilidade mais rigoroso, e o do modo de funcionamento dos tribunais superiores, que demoram anos para julgar, o que pode ser feito na legislação infraconstitucional sem violação de outros Direitos e Garantias Fundamentais, como a ampla defesa e duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, não se pode admitir o argumento da baixa taxa de sucesso dos recursos especial e extraordinários para justificar a presunção de inocência. Embora seja uma estatística verdadeira, frisa-se que a Constituição aponta a necessidade do trânsito em julgado para a extinção do estado de inocência. O argumento expõe uma visão gradualista, que acredita que a presunção de inocência se esvai a cada fase do processo, o que se compatibiliza com a presunção de culpa, não de inocência.

Portanto, conclui-se, diante do exposto, que o reconhecimento da presunção de inocência é uma grande conquista da humanidade e essencial na efetivação do Estado Democrático de Direito. Todavia, embora sua positivação na maioria dos países democráticos e no Direito Internacional, a efetividade de sua proteção ainda precisa ser consolidada, o que depende da superação de diversas situações que violam seu conteúdo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**: esquematizado. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal – Tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2015. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal:** entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei n° 4.208 de 2001, p. 2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19607.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Senado Federal. Gabinete do Senador Demóstenes Torres. Parecer. p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-11108.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n° 118.009/SP. Rel. Min. Celso Limongi. Brasília, DF, 13 de abril de 2011. Disponível em: < http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1174.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 125.639 Acre. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0493.rtf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n°s 43 e 44. Voto do Ministro Edson Fachin. Decisão Liminar. Brasília, DF, p. 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Projeto de Constituição: Emendas oferecidas em plenário, p. 1244. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-228.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 67.707/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 07 de novembro de 1889. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71270>. Acesso em: 30 de jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 89.429-1 Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em 20 set. 2018. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 126.292
P. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016, p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 152.752. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/videos/v/na-integra-luis-roberto-barroso-vota-para-negar-habeas-corpus-a-lula/6636148/>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n°482006/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 07 de novembro de 2017. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725391/recurso-extraordinario-re-482006-mg>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO. Helena Schiessl. **Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista**: necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25722/Dissertacao%20Helena%20Schiessl%20Cardoso.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 20 jul. 2018.
CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de Execução Penal para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha**. Princípios no processo penal brasileiro**. Campinas: Copola, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIOACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

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

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

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

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: Teoria, crítica e práxis. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva**: a contramão da modernidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. **Princípio de presunção de inocência ou de não-culpabilidade**: estudo crítico do seu sentido, alcance e

consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%AAncia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20fina.pdf>. Acesso em 07 jul. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Esse artigo é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição 4.0. Você tem o direito de: *Compartilhar* — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; *Adaptar* — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. Clique aqui e saiba mais sobre essa licença.