



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RECURSOS CRIMINAIS EXCEPCIONAIS: EM  
BUSCA DA RACIONALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

**FERNANDO BRANDINI BARBAGALO**

**Brasília, DF**

**2013**



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RECURSOS CRIMINAIS EXCEPCIONAIS: EM  
BUSCA DA RACIONALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

**FERNANDO BRANDINI BARBAGALO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), área de concentração Constituição e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

**Brasília (DF)**

**2013**

FERNANDO BRANDINI BARBAGALO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RECURSOS CRIMINAIS EXCEPCIONAIS: EM  
BUSCA DA RACIONALIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Mestre em Direito no  
Curso de Mestrado Acadêmico em Direito do  
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP),  
área de concentração: Constituição e  
Sociedade.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em 11/06/2013.

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

---

Membro: Prof. Dr. Paulo Afonso Cavicchioli Carmona

---

Membro: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Soraia da Rosa Mendes

Para Silvio e Nilda Barbagalo, por sorrirem e chorarem comigo, por me ensinarem a lutar, com dignidade, pelos meus sonhos. Por seu amor, por tudo. Sempre...

“Assim como as trevas, o excesso de luz  
provoca a cegueira”

(provérbio árabe).

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos componentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal por me possibilitarem a realização deste curso de mestrado que ora se materializa. Agradeço pela grandeza em reconhecerem no aprimoramento pessoal o aprimoramento da própria Instituição.

Ao professor Paulo Gustavo Gonet Branco, por aceitar a orientação deste trabalho. Em todos os momentos em que me questionava sobre a minha capacidade de realizar e concluir este trabalho, ele me confortou com suas palavras e reconhecida generosidade. Seus direcionamentos foram fundamentais para aguçar meu espírito crítico e fortalecer ainda mais minhas convicções.

Aos demais professores e colegas do Curso de Mestrado do IDP, pelo desprendimento em compartilharem seus conhecimentos e suas experiências pessoais e acadêmicas.

A todos os serventuários da biblioteca do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que contribuíram decisivamente para o desenvolvimento da pesquisa desta obra. Exemplo de presteza e competência no serviço público.

Aos meus filhos, Nando e Gabi, pela compreensão neste breve abandono presente ao qual foram submetidos, principalmente nos meses finais da preparação desta dissertação. Por iluminarem e enriquecerem minha existência. Por serem a tradução mais perfeita do amor!

Aos meus irmãos Erica e Silvio pelo exemplo de dedicação e pelo carinho para com o caçula. Obrigado pela paciência em me escutar quando “defendia” as ideias deste trabalho para vocês.

Meus agradecimentos à Clarissa, a quem sempre e sempre procurava nas horas de aflição, de desânimo e também nos momentos de euforia. Enfim, em todas as horas. Obrigado pela sua paciência enorme, pelo seu coração generoso e por você surgir e agora existir na minha vida.

Gostaria, finalmente, de agradecer ao Victor (Vi), Felipe (Fê), Rafael (Rafa), Matheus (Má), Lucas (Lú), Augusto (Guto), Laura (Laurinha), Henrique (Kike) e Gabriela (Gabi), meus “sobrinhos”, por me darem a certeza de que a única presunção verdadeira e absoluta de inocência está no olhar e no gesto de uma criança.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estabelecer os limites de influência da presunção de inocência na efetividade da prestação jurisdicional penal. A presunção de inocência é máxima consagrada em todos os diplomas legislativos do mundo, enquanto a efetividade da prestação jurisdicional legitima o próprio sistema jurídico. O contraste evidente entre a garantia dos direitos de defesa da pessoa submetida a processo criminal e a necessidade de se efetivar jurisdição através da punição quando reconhecida a culpabilidade foi analisado num ponto específico: no momento do esgotamento da análise do caso pelas instâncias ordinárias quando surge a possibilidade de apresentação dos chamados recursos extraordinários. Para realizar esse estudo, fizeram-se incursões sobre o conceito da presunção de inocência no Brasil e no direito comparado sua aplicação e alcance. Sobre a presunção de inocência, assinalaram-se algumas peculiaridades de sua positivação na Constituição brasileira. Analisou-se ainda a natureza jurídica da sentença penal condenatória e o conceito da coisa julgada penal, fazendo as observações e críticas pertinentes. Finalmente, analisou-se o sistema de recursos do processo penal brasileiro, pontuando sua incongruência que gera muitas vezes flagrante impunidade.

**Palavras-chave:** Princípio constitucional. Presunção de inocência. Processo Penal. Sentença penal condenatória. Coisa julgada penal. Duração razoável do processo. Execução Penal. Duração razoável do processo. Prestação jurisdicional efetiva.

## ABSTRACT

This essay aims to establish the limits of the influence presumption of innocence in the effectiveness of criminal jurisdiction provision. The presumption of innocence is consecrated *maxima* in legislations all over the world, while the effectiveness of legitimate jurisdictional provision validates the legal system to which we are subjected. The evident contrast between the guarantee of the rights of defense of a person subject to criminal proceedings and the need for effective jurisdiction through punishment when culpability is recognized was analyzed on a specific point: at the time of exhaustion of the case analysis by the ordinary instances when there is the possibility of filing the so-called extraordinary appeal. For performing this study, raids were carried out on the concept of the innocence presumption Brazil and in comparative law, its application and scope. Regarding the innocence presumption, some peculiarities about its *positivation* in the Brazilian Constitution were assessed. The legal nature of the criminal conviction and the concept of the criminal *res judicata* were also analyzed, highlighting observations and critics considered of relevance. Finally, the Brazilian criminal appeal system was assessed, indicating its incongruity that often leads to blatant impunity.

**Keywords:** Constitutional Principle. Presumption of Innocence. Criminal Proceedings. Criminal Review. Criminal Conviction Sentence. *Res Judicata*. Criminal Execution. Effective Jurisdictional Provision.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADC ... Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI ... Ação Direita de Inconstitucionalidade  
ADPF ... Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AG ... Agravo  
AI ... Agravo de Instrumento  
Ap. ... Apelação  
AP ... Ação Penal  
Art. ... Artigo  
CF ... Constituição Federal  
CNJ ... Conselho Nacional de Justiça  
CP ... Código Penal  
CPP ... Código de Processo Penal  
ECA ... Estatuto da Criança e do Adolescente  
ED ... Embargos de Declaração  
EDv ... Embargos de Divergência  
HC ... *Habeas Corpus*  
Inq. ... Inquérito  
RHC ... Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*  
Inc ... Inciso  
LC ... Lei Complementar  
LEP ... Lei de Execução Penal  
MC ... Medida Cautelar  
Min. ... Ministro  
Rcl. ... Reclamação  
RE ... Recurso Extraordinário  
REsp. ... Recurso Especial  
Rel. ... Relator  
STF ... Supremo Tribunal Federal  
STJ ... Superior Tribunal de Justiça  
TJDFT ... Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios  
TJMG ... Tribunal de Justiça de Minas Gerais  
TJRS ... Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
TJRJ... Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	23
CAPÍTULO 1.....	26
1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	26
1.1 Noções preliminares essenciais. O direito penal e as teorias da pena. ....	26
1.1.1 <i>Teorias absolutas: o punir por punir.</i> .....	28
1.1.2 <i>Teorias relativas: a punição como função.</i> .....	29
1.1.3 <i>Teorias mistas: consolidando conceitos.</i> .....	30
1.1.4 <i>As modernas concepções sobre os fins da pena.</i> .....	31
1.1.5 <i>As teorias adotadas pelo Direito Penal brasileiro. O direito de punir e o sistema jurídico-penal brasileiro.</i> .....	34
1.2 Direito Penal e Processo Penal. A duplicidade de função: garantia do cidadão e instrumentalidade da punição.....	34
1.3 Justificativa inicial: o caminho a ser seguido. ....	38
CAPÍTULO 2.....	40
2 ONDE E COMO É POSITIVADA A GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	40
2.1 A presunção de inocência nas declarações, tratados e convenções internacionais.....	40
2.2 A presunção de inocência nas Constituições pelo mundo.....	43
2.2.1 <i>A presunção de inocência nas constituições europeias.</i> .....	43
2.2.2 <i>A presunção de inocência nas constituições da América do Norte.</i> .....	45
2.2.3 <i>A presunção de inocência nas constituições da América do Sul.</i> .....	46
2.3 Considerações referentes ao tema.....	47
3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..	49
3.1 O caminho (tortuoso) da presunção de inocência na Constituição de 1988. ....	49
3.2 O trabalho da Assembleia Nacional Constituinte. Da euforia à realidade. ....	50
3.3 A emenda n. 1P11998-7. Justificativa insuficiente. Ausência de registro de deliberação sobre o tema. ....	53
3.4 Aprovação do Projeto de Constituição. Aspectos formais desconsiderados.....	54
3.5 Considerações críticas.....	54
CAPÍTULO 4.....	56

4	<b>ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	56
4.1	<b>Presunção de inocência ou de não-culpabilidade: a discussão das escolas penais italianas.</b> .....	56
4.2	<b>Conteúdo do enunciado normativo. Estabelecendo conceitos.</b> .....	60
4.3	<b>Princípio ou regra.</b> .....	61
4.4	<b>Presunção ou estado de inocência.</b> .....	64
4.5	<b>Presunção técnico-jurídica ou política.</b> .....	65
4.6	<b>Considerações sobre o tema.</b> .....	67
	<b>CAPÍTULO 5</b> .....	69
5	<b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	69
5.1	<b>A quem se aplica a presunção de inocência. Os limites subjetivos.</b> .....	69
5.2	<b>Qual matéria é abrangida pela presunção de inocência. Os limites materiais da presunção de inocência (material).</b> .....	73
5.3	<b>Reflexos extraprocessuais da presunção de inocência. O problema da mídia.</b> .....	79
5.4	<b>Considerações.</b> .....	81
	<b>CAPÍTULO 6</b> .....	82
6	<b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PROCESSO PENAL</b> .....	82
6.1	<b>A presunção de inocência e a efetividade da sentença penal condenatória. Confrontando problemas.</b> .....	83
6.2	<b>Natureza jurídica da sentença penal condenatória submetida a recurso. Análise e questionamentos.</b> .....	84
6.3	<b>Considerações.</b> .....	86
6.4	<b>O duplo grau de jurisdição e os recursos ordinários e extraordinários.</b> .....	89
6.5	<b>O trânsito em julgado em xeque. A influência do panorama recursal brasileiro na limitação conceitual do instituto.</b> .....	93
6.6	<b>Quebrando tabus. Recursos protelatórios e a posição do Supremo Tribunal Federal.</b> .....	96
6.7	<b>Conexão objetiva e subjetiva reflexos no trânsito em julgado. Algumas considerações e ideias.</b> .....	97
6.8	<b>Trânsito em julgado da decisão sujeita a recurso extraordinário e especial. Especulação hermenêutica.</b> .....	100
6.9	<b>O Recurso especial e extraordinário, a vedação de efeito suspensivo e a execução provisória da condenação criminal.</b> .....	102

6.10	Revisitando os aspectos jurídicos da prisão preventiva. ....	107
6.11	As classes subalternas e os recursos extraordinários. Uma visão equivocada.....	109
6.12	Efeito suspensivo e recursos extraordinários no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Aspectos desconsiderados. ....	111
6.13	A indefinição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da mitigação do princípio da presunção da inocência na fase recursal. ....	120
6.14	Conclusão parcial e considerações doutrinárias. ....	123
7	<b>CONCLUSÃO. A BUSCA PELA RACIONALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL E A ACOMODAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROPOSTAS E JUSTIFICATIVAS.....</b>	125
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	132

## INTRODUÇÃO

A presunção de inocência é uma garantia concebida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e desenvolvida a partir do devido processo legal que se encontra abrigada nos principais diplomas internacionais e nas constituições de praticamente todo mundo.

A partir de sua positivação pela Constituição de 1988 (art. 5º, LVII), iniciou-se um processo interpretativo dos tribunais, principalmente no Supremo Tribunal Federal – “o Guardião da Constituição” no sentido de determinar a influência desta, agora, norma constitucional.

Inicialmente, questionou-se a possibilidade de decretação de prisão antes do “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, eis que, até esse momento, “ninguém poderá ser considerado culpado”.

Referente a esse aspecto, foi sopesado a previsão de prisão antes do julgamento definitivo pela Constituição (art. 5º, LXI), autorizando, portanto, essa prisão-processual, desde que necessário ao bom andamento do processo penal.

Posteriormente, questionou-se a possibilidade da execução imediata da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, fundamentalmente em relação ao disposto no, então vigente, art. 594, do Código de Processo Penal que dispunha ser a prisão decorrência da condenação, ressalvada a situação do réu em que ostentasse primariedade e bons antecedentes.

A própria noção de bons e maus antecedentes relacionados aos inquiridos e ações penais em andamento foi objeto de confrontação com o princípio da presunção da inocência, sendo recentemente a questão sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 444).

Em certo momento, a questão passou a se referir à possibilidade, prevista em lei (art. 637, CPP e art. 27, § 2º, Lei n. 8.030/90), de executar a sentença penal condenatória na pendência de julgamentos de recursos extraordinários (recurso especial e extraordinário).

Essa questão freqüentou os tribunais superiores durante algum tempo, até que o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento inicial, declarando “obter dictum” a inconstitucionalidade dos dois dispositivos citados acima, no julgamento do HC n. 84.078-7/MG.

Passados alguns anos deste posicionamento constitucional, parece ser o momento de confrontá-lo, relevando alguns aspectos jurídico-constitucionais que parecem não terem sido considerados quando daquela tomada de posição: a duração razoável do processo e, fundamentalmente, a efetividade da jurisdição.

Iniciaremos o trabalho, regredindo aos fundamentos do direito penal e processual penal, analisando, sem questionar, os posicionamentos mais aceitos sobre a justificação do sistema jurídico-punitivo.

Na sequência, submetemos a exame a conformação da presunção de inocência nos diplomas internacionais e nas constituições de outros países, de modo a estudar como foi redigida essa garantia nos demais diplomas jurídicos do mundo.

Em seguida, veremos como foi idealizada a inserção dessa garantia na atual Constituição brasileira, como foi proposto, justificado e debatido o texto inserido no inciso LVII, do art. 5º de nossa Carta maior.

Daí, vagaremos para conformação doutrinária e jurisprudencial da garantia, estabelecendo suas principais aplicações.

Finalmente, estacionaremos no aspecto principal deste trabalho, a posição atual do Supremo Tribunal Federal de impossibilidade de execução da sentença penal condenatória, inserindo, na prática, a obrigatoriedade de efeito suspensivo para todo e qualquer recurso referente à sentença penal condenatória, teorizando sobre as possíveis conseqüências deste entendimento. Não nos furtaremos, também, de propor algumas alternativas que pensamos ser viáveis para equacionar o dilema liberdade individual e defesa social.

O estudo do tema proposto visita o entendimento sobre diversos institutos como a natureza jurídica da sentença penal, a conformação da coisa julgada penal, a teoria geral dos recursos, sempre sob uma perspectiva dinâmica entre a presunção de inocência e a necessidade de efetividade na prestação jurisdicional.

Por isso, inicialmente, realizou-se um estudo mais detido sobre o tema da presunção de inocência.

O trabalho de pesquisa foi basicamente teórico (bibliográfica), utilizando sem cansar do auxílio da jurisprudência, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A abordagem do tema deu-se através do método dedutivo, partindo da premissa da supremacia garantidora de todas as demais garantias da efetividade da jurisdição que foi confrontada com a posição teórica adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Foi examinada essa posição e cotejada com outros julgamentos do mesmo tribunal, procurando uma coerência lógica nas premissas estabelecidas e verificando a existência de “furos” teóricos, numa perspectiva analítica e exegetica.

A pesquisa utilizou bibliografia, documentos e jurisprudência – realizada em livros, publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, pesquisas, monografias, dissertações, teses bem como em normas constitucionais, leis complementares e ordinárias, decretos legislativos, Diários Oficiais, projetos de leis e emendas constitucionais, jurisprudência dos Tribunais, revistas especializadas e periódicos.

## CAPÍTULO 1

### 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho, como já mencionado, objetiva estudar a garantia da presunção de inocência, sua normatização constitucional (art. 5º, inciso LVII) e os seus reflexos no direito pátrio, principalmente no processo penal e especificamente no que se refere à sua influência nos efeitos da sentença penal condenatória.

Com assento em praticamente todas as constituições do mundo ocidental, consagrada também nos principais diplomas jurídicos internacionais, a presunção de inocência deita suas raízes no Iluminismo e se apresenta como um dos vitais direitos fundamentais.

Neste breve trabalho, pretende-se analisar criticamente a normatização dessa garantia constitucional bem como sua interpretação pelos tribunais, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, buscando delinear seu alcance principalmente na sistemática dos recursos do processo penal brasileiro.

Para tanto, confrontaremos a garantia da presunção da inocência com outros dispositivos de nossa própria Constituição, valendo-se ainda da análise dos diplomas internacionais que, igualmente, as preveem em seus textos, bem como analisando sua normatização pelas Constituições estrangeiras e a interpretação desses dispositivos.

Porém, antes de nos debruçarmos sobre o tema proposto, faremos uma breve, brevíssima digressão às teorias das penas e à função do direito processual penal, pois são temas correlatos ao objeto do presente trabalho e permitirão maior compreensão do que será exposto adiante.

#### 1.1 Noções preliminares essenciais. O direito penal e as teorias da pena.

O direito penal constitui um meio de controle social, um meio “jurídico, altamente formalizado”<sup>1</sup> que objetiva evitar determinados comportamentos sociais considerados indesejáveis. A sua relevância impôs a monopolização de seu controle pelo Estado, sendo uma parcela fundamental de seu poder.

Em um Estado democrático de direito, o direito penal funciona como limite ao poder de intervenção do Estado e como meio jurídico de combate à criminalidade, protegendo,

---

<sup>1</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamento e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1007, p. 33.

portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, enquanto protege, igualmente, a sociedade e os seus membros dos abusos dos demais indivíduos. Assim, delimitam-se os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito, protetor da liberdade individual e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social, mesmo à custa de restrição à liberdade do indivíduo.<sup>2</sup>

Para obtenção de seus objetivos, o Direito penal prevê sanções graves, em regra, privativas ou restritivas de direitos, com primazia para privação ou restrição de liberdade. Em razão da seriedade e rigor das penas, é necessário delimitar com a maior clareza possível, e por meio de lei, as condutas que podem ser consideradas constitutivas de delitos, e as apenações aplicadas aos que praticam atos ao arpejo da lei, no que se convencionou denominar, há longo tempo, de “princípio da legalidade”.

Pela mesma razão, a gravidade das sanções cominadas, o direito penal deve ser utilizado como último recurso (*ultima ratio*) do Estado para proibição de condutas, necessitando ainda de um processo judicial penal para verificação e comprovação da conduta incriminada e de todas suas circunstâncias, para, quando necessário e justificado, apliquem-se as apenações jurídicas sancionatórias.

A fundamentação e também a legitimação do Direito penal faz-se através da sanção ou pena. Desde tempos remotos, surgiram diversas teorias que tentam responder de forma adequada à seguinte indagação: Por que punir (apenar) alguém responsável por ter praticado uma infração penal prevista em lei?<sup>3</sup>

As respostas se sucedem no tempo, não sem debates acalorados e críticas ferrenhas a umas e outras. Algumas dessas teorias defendem simplesmente a abolição do Direito penal como o conhecemos.<sup>4</sup> Nesta linha, o professor da Universidade de Rotterdam, Louk Hulsman, vislumbra a possibilidade do direito penal ser substituído com grande vantagem por outros meios solucionadores de conflitos sociais.<sup>5</sup>

No entanto, argumentam os críticos:<sup>6</sup>

“O sistema penal é somente uma forma do controle social institucionalizado e, como lógico, o controle social não desaparecerá, porque não desaparecerá a estrutura de poder dentro da

<sup>2</sup> Conf. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed., Lisboa: Ed. Lisboa, Coleção Veja Universitária, 1998, p. 76.

<sup>3</sup> Atualmente, amplia-se a questão para “se, por quê, quando e como castigar, proibir e julgar” (TELLA, Maria José Falcón y e TELLA Fernando Falcón y. **Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?** Tradução Cláudia Miranda de Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 141/152).

<sup>4</sup> Ver neste sentido as obras HULSMAN, Louk, e BERNART DE CELIS, Jaqueline. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997 e KARAM, Maria Lúcia *et al.* **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1 ed, 2004. Sobre o Direito Penal Mínimo, BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 356.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 357.

sociedade. Assim, o lógico será que, se o sistema penal cede muita margem de controle social, este será igualmente exercido com outras formas que nem sempre serão melhores quanto ao respeito à dignidade humana”.

Outros tantos doutrinadores, por seu turno, afirmam que, nos tempos atuais, não há como prescindir do Direito Penal. Nessa linha, Roxin, ressaltando a necessidade de mudanças, estatui: “O Direito Penal tem um futuro”.<sup>7</sup>

Indiscutível que a função (e fundamentação) do direito penal perpassa a função das penas por ser o seu fundamento político. Afinal, na percepção de Zaffaroni, “uma teoria da pena é sempre uma teoria do direito Penal”.<sup>8</sup>

São três, tradicionalmente, as teorias que respondem ao questionamento da legitimação da intervenção penal: as teorias absolutas, relativas e mistas, cada qual, ao longo do tempo, sofrendo críticas e modificações que, por fim, alteraram alguns enfoques e criaram algumas variantes<sup>9</sup>. Analisaremos, na sequência, cada uma delas de forma geral.

### 1.1.1 Teorias absolutas: o punir por punir.

As teorias absolutas, em resumo, sustentam a pena como uma retribuição justa por um mal causado pelo delito. Fundada em razões religiosas, éticas e jurídicas, teve a sua fundamentação ética desenvolvida pelo filósofo alemão Immanuel Kant. Segundo esse autor:

Como o homem é um ‘fim em si mesmo’ não é lícito instrumentalizá-lo em benefício da sociedade, não seria eticamente admissível fundar o castigo do delinquente em razões de utilidade social. Só é admissível, então, fundar a pena no fato de que o delinquente a merece segundo as exigências de Justiça: a lei penal se apresenta como um ‘imperativo categórico’, é dizer, como uma exigência incondicional de Justiça, livre de qualquer consideração utilitária como a proteção da sociedade ou outras.<sup>10</sup>

A fundamentação jurídica da teoria retribucionista coube a Hegel, que justificava o caráter retributivo da pena desta forma:

Pela necessidade de se restabelecer a vigência da ‘vontade geral’ representada pela ordem jurídica, que resulta negada pela ‘vontade especial’ do delinquente. Se a vontade geral é negada pela vontade do delinquente, deve-se negar esta negação por meio da pena para que ressurgja a afirmação da vontade geral. Nesta construção, a pena é concebida como a reação da reação (negação da negação) que visa o passado (delito) e o restabelecimento da ordem jurídica) e não como instrumento de fins utilitários posteriores.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> **Estudos de Direito Penal**, Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28. Asseverando que, em sua visão: “O direito penal do futuro, ao levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social (*Gesellschaftliches Steuerungsinstrument*) totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão”.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editora Ediar, 5ª Ed., 1986, p. 68.

<sup>9</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Iuris, 2006, p. 109.

<sup>10</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**, tradução Claudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

<sup>11</sup> Idem, p. 60.

A teoria retribucionista, critica-se, antes de fundamentar a pena, preocupa-se em demonstrar sua necessidade, escanteando a fundamentação do poder punitivo estatal e centralizando seus argumentos na justificação das penas e criminalização de condutas. As teorias absolutas não se compatibilizam com o Estado social e democrático de direito em que o Direito Penal não pode funcionar como um mecanismo de vingança. O moderno pensamento jurídico-penal de orientação preventista abandonou a ideia de retribuição, salvo no conceito de culpabilidade.<sup>12</sup>

### 1.1.2 Teorias relativas: a punição como função.

Assim, até então, a fundamentação da pena residia na realização da Justiça, condizente com a premissa de um Estado Teocrático, mas impossível de ser albergada sob um Estado democrático em que o Direito só se justifica como meio de assegurar a existência e os interesses da sociedade. Por conseguinte, faz-se necessário que a pena signifique alguma utilidade social e, fundado nessa premissa, desenvolve-se a ideia de que a pena serviria para prevenir outros novos delitos, daí o nome de teorias preventivas ou utilitaristas.

Falcon e Tella a assim explicam e resumem as variantes dessas teorias:

Que busca a máxima utilidade possível que caiba assegurar a maioria formada pelos não-desviados; outra que ajusta o fim ao mínimo sofrimento necessário que há de infligir à minoria formada pelos desviados. À primeira destas variantes se denomina doutrina da prevenção geral e à segunda, doutrina da prevenção especial.

A máxima felicidade dividida entre o maior número é a fórmula política utilitária proclamada por Beccaria e repetida por Bentham. Enunciação da segunda versão seria a máxima: 'toda pena que não derive da necessidade é tirânica' (Montesquieu).

Combinando os dois critérios, comprovamos quatro grupos de doutrinas relativas ou utilitaristas:

1. As doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que designam à sanção penal a função de dissuadir mediante o exemplo ou a ameaça da pena.
2. As doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração* que atribuem à sanção a função positiva de reforçar a fidelidade dos associados à ordem constituída.

<sup>12</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Pena Privativa de Liberdade (Passado, Presente e Futuro)**, Revista da EMERJ, v. 11, n. 44, 2008, p. 46.

3. As doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação que atribuem à pena a função negativa de eliminar ou, de um ou outro, neutralizar o réu.
4. As doutrinas de prevenção especial positiva ou da correção que atribuem à sanção penal a função positiva de corrigir o condenado.<sup>13</sup>

As teorias preventivas também são objetos de críticas contundentes. Em resumo, a prevenção especial não delimita a intervenção punitiva estatal, na medida em que a pena poderia estender-se até a “correção” definitiva do delinqüente. Ademais, a ideia de ressocialização sucumbe diante de diversos casos em que os motivos que levaram ao crime não seriam repetidos, como nos crimes passionais, e sempre haveria casos pontuais praticados por criminosos que, em regra, não necessitariam de qualquer ressocialização.<sup>14</sup>

Da mesma forma, as teorias preventivas gerais são criticadas em sua formulação, por autorizarem o estabelecimento de um estado de terror, baseado exatamente na sua teoria da coação psicológica, ou seja, admitir-se-ia o recrudescimento das penas até o ponto fosse necessário para estancar a criminalidade. Outro ponto contestado é a justificativa de punição como exemplo, permitindo-se, num Estado que prima pela dignidade da pessoa, a instrumentalização do delinqüente sob o pretexto de evitar o cometimento de crimes a transformar o indivíduo de sujeito em objeto, verdadeiro “instrumento de intimidação do grupo”.<sup>15</sup>

Em resumo, como esclarece Salo de Carvalho:<sup>16</sup>

“Muito longe de serem ‘teorias’ das penas, as doutrinas apresentadas são discursos normativos sobre seu escopo ou teorias descritivas de suas funções e/ou motivações. Portanto, incompatíveis e diafônicas entre si, pois confundem esquemas de explicação com modelos de justificação. Nos vícios cometidos pelas doutrinas de justificação também incorrem as doutrinas abolicionistas, discutindo fundamentos valorativos através de argumentos empíricos.”

### **1.1.3 Teorias mistas: consolidando conceitos.**

As teorias ecléticas, mistas ou unificadas, por sua vez, “Conjugam as teorias isoladas (absolutas e relativas) com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria

<sup>13</sup> Obra citada, p. 204/205.

<sup>14</sup> SUXBERGER. Obra citada, p. 114/115.

<sup>15</sup> COSTA. Artigo Citado, p. 49.

<sup>16</sup> **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 147.

mediante a fusão das funções *declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal*".<sup>17</sup>

Por não se apartarem dos marcos teóricos individuais, a conjugação das teorias não afastam as críticas que a elas são dirigidas isoladamente.

#### 1.1.4 *As modernas concepções sobre os fins da pena*

Atualmente, algumas correntes jurídico-filosóficas pretendem explicar a fundamentação do direito de punir e ganham projeção no cenário brasileiro. Entre esses pensamentos, destacam-se os modelos garantista, funcionalista e agnóstico.

O modelo garantista, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, é normativo, compreendido como um conjunto coerente de definições que identificam traços que caracterizariam um sistema jurídico-penal ideal.<sup>18</sup>

Afirma seu autor que a pena não possui um caráter ressocializador, ou qualquer outro caráter moral, pois a separação entre Direito e moral implica em reconhecer que a pena é um mal que não deve ser encoberto por finalidades educativas e filantrópicas.<sup>19</sup>

Ferrajoli concebe o fim da pena não apenas como prevenção aos injustos delitos, mas também como esquema de prevenção da reação estatal desmedida. Assim, prevenção de delitos e prevenção de castigos desmedidos conformaria o modelo garantista de direito penal.<sup>20</sup> Essa finalidade preventiva dúplice – prevenção dos crimes e a prevenção das penas arbitrárias – legitimam a necessidade política do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, no que o seu autor denominou de “utilitarismo reformado”. Na teoria garantista, apenas as lesões que podem causar perigo ou ofensa a bens fundamentais é que serão passíveis de justificar as proibições penais, devendo os demais conflitos serem resolvidos fora da esfera penal.<sup>21</sup>

Em resumo, a função do Direito Penal, é, portanto, “assegurar o máximo de bem estar possível aos não desviados, além do mínimo mal-estar possível aos desviados”.<sup>22</sup>

Com base no funcionalismo teleológico, a teoria unificadora dialética de Claus Roxin prevê um modelo de direito penal baseado em vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio entre os fins preventivos da pena e o princípio limitador da culpabilidade, através de restrições recíprocas nas três fases da intervenção penal: incriminação de condutas,

<sup>17</sup> SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**, 4ª Ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 428.

<sup>18</sup> BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134.

<sup>19</sup> Idem, p. 135.

<sup>20</sup> CARVALO. Pena e Garantia. Obra citada, p. 148.

<sup>21</sup> BICUDO. Obra citada, p. 139.

<sup>22</sup> Idem, p. 142.

aplicação e execução da pena. Ao estabelecer sua teoria, Roxin parte da necessidade de se separarem os momentos ligados à pena, de modo a estabelecer, para cada um deles, qual a finalidade principal, reunindo-as, assim, numa síntese, a que denominou de Teoria Dialética Unificadora.

Por conseguinte, as finalidades repressivas se legitimariam apenas para proteção de bens jurídicos fundamentais e o favorecimento do desenvolvimento individual dentro de uma sociedade pluralista, sem olvidar do propósito de manutenção da ordem pública estável.<sup>23</sup>

Segundo Roxin, a “necessidade da pena” seria justificada apenas para aqueles comportamentos reprováveis que prejudicam de maneira insuportável a coexistência livre e pacífica dos cidadãos e quando outras medidas jurídicas ou de política criminal não forem adequadas e satisfatórias para coibi-las.<sup>24</sup>

A finalidade de prevenção geral positiva - vista como a conservação e o reforço da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico - é alcançada e limita na culpa individual. A aplicação da pena se justifica para o delinqüente não para intimidar a sociedade mas sim por que o delinqüente, como membro desta mesma sociedade e cidadão com igualdade de direitos e obrigações, está obrigado a suportar a pena para salvaguardar a ordem dessa comunidade.<sup>25</sup>

Em resumo, a teoria de Roxin, preocupando-se com cada fase do sistema penal, defende um Direito Penal subsidiário, com preocupações de ordem preventiva geral, além da prevenção especial, todas limitadas pela culpabilidade e respeitando os ditames constitucionais. Assim, Roxin, a um só tempo, legitima e limita o poder de punir do estado.<sup>26</sup>

Para Gunther Jakobs os contatos e interações sociais geram naturalmente expectativas que seriam asseguradoras da subsistência da ordem social. Essas expectativas podem ser frustradas pelos que participam do arranjo social e a reação punitiva seria o mecanismo para restabelecer a confiança do corpo social, reparando os efeitos negativos produzidos pela violação da norma na estabilidade do sistema social.<sup>27</sup>

Apesar de se aproximarem, as posições de Jakobs e Roxin se afastam, pois o primeiro defende que a função do direito penal seria, primordialmente, a manutenção do ordenamento,

<sup>23</sup> ANJOS, Fernando Venice dos. *Teoria Unificadora Dialética e Direito Penal Brasileiro*. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 173. Abril de 2007, p. 9.

<sup>24</sup> COSTA. Artigo citado, p. 62.

<sup>25</sup> SUXBERGER. Obra citada, p. 130.

<sup>26</sup> HIRECHE, Gamil Föppel el. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2004, p. 82.

<sup>27</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 43/44.

enquanto para o segundo seria apenas a proteção de bens jurídicos essenciais e teria função sempre subsidiária.<sup>28</sup>

Jakobs recentemente passou a defender um “direito penal do inimigo” dissociado do “direito penal do cidadão”, pois o inimigo não é pessoa, mas inimigo (não pessoa), logo a relação que com ele se estabelece não é de direito regular, mas de coação, de guerra.<sup>29</sup>

Por seu turno, a chamada teoria agnóstica ou negativa, elaborada por Zaffaroni, simplesmente ignora qualquer função da pena, discordando de todas as teorias que pretendem, juridicamente, justificar ou legitimar pena. Preocupa-se com as conseqüências diretas e indiretas que estão além da pena e com ela se relacionam como conseqüência do poder punitivo.

Entende impossível conceituar a pena juridicamente de forma lógica e fundamentada e considera a pena um mero ato de poder com explicação apenas política. Por isso, o epíteto “agnóstico”, ou seja, a teoria assume que não conhece qual seria a função da pena.<sup>30</sup>

Zaffaroni argumenta sobre a necessidade da criação de mecanismos de contenção (que chama de “diques”) para limitar o exercício do poder punitivo dos agentes estatais ligados ao sistema penal, destacando o importante papel dos “atores jurídicos” relacionados à chamada criminalização secundária.<sup>31</sup>

A punição estatal se legitimaria a partir da idéia de bem comum. O autor de um ato que lese um bem socialmente valorado seria merecedor de uma punição estatal, punição esta que deve obedecer a limites previamente estabelecidos e o direito penal e o direito processual penal funcionariam como mecanismos limitadores dos abusos estatais.<sup>32</sup>

Reduzir dor e sofrimento (danos) seria o único motivo de justificação da pena nas atuais condições em que é exercida, principalmente nos países periféricos. Minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos e igualmente eliminar o discurso justificante das penas, seu papel declarado (e não cumprido), estabelecendo a natureza política da pena. A pena, assim, representaria apenas a manifestação concreta de poder, isenta de qualquer justificativa.<sup>33</sup>

As teorias da pena acima resumidas, mesmo a deslegitimadora ou negativa de Zaffaroni, concedem a fundamentação teórica e política do Direito Penal. Concorde-se ou

<sup>28</sup> HIRECHE. Obra citada, p. 138.

<sup>29</sup> QUEIROZ. Obra citada, p. 45.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**, vol I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

<sup>31</sup> Idem, p. 72.

<sup>32</sup> CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 80/81.

<sup>33</sup> CARVALHO, Salo de. **Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo**. In CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 22.

não, são essas teorias que fornecem os fundamentos de toda estrutura jurídica da chamada ciência penal.<sup>34</sup>

### **1.1.5 Teorias adotadas pelo Direito Penal brasileiro. O direito de punir e o sistema jurídico-penal brasileiro.**

Assim como a Constituição brasileira, a legislação penal brasileira não adotou expressamente qualquer teoria da pena em particular, mas é possível identificar diversas tendências: liberais, antiliberais, instrumentais, simbólicas etc.<sup>35</sup>

No entanto, em nosso ordenamento penal há traços claros das teorias preventivas geral, bastando uma rápida leitura ao artigo 59 de nosso Código Penal para fazer essa constatação:

**Código Penal, art. 59.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime (grifamos).<sup>36</sup>

Ao se deparar com o artigo 1º, da Lei de Execução Penal (Lei Federal n. 7.810/84) verifica-se também que o legislador se louvou também em critérios de prevenção especial, eis que esse dispositivo alude expressamente ao fim de reintegração da vida social.<sup>37</sup>

**Lei de Execução Penal, art. 1º.** A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica **integração social** do condenado e do internado.

Assim explicitado, parece não restar dúvida sobre a predileção no ordenamento penal brasileiro pelas teorias ditas preventivas.

Como exporemos a frente, o processo penal é fundamental na efetivação do direito penal, pois somente através dele é que se pode implementar a aplicação e execução da sanção criminal, portanto, *nulla poena sine iudicio*.

## **1.2 Direito Penal e Processo Penal. A duplicidade de função: garantia do cidadão e instrumentalidade da punição.**

<sup>34</sup> Juarez Ciririno dos Santos faz uma exposição crítica de cada uma das teorias apresentadas. (Direito Penal. Obra citada, p. 421/453). Igualmente, expondo de forma crítica as teorias das penas, mencionando inclusive as “funções ocultas” ou “não declaradas” das penas (BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 111/116).

<sup>35</sup> QUEIROZ. Obra citada, p. 79.

<sup>36</sup> Apesar de não deixar exposto em seu relatório final, aparentemente o anteprojeto de Código Penal, em trâmite no Senado Federal, manteve a diretriz do Código Vigente, ao estabelecer no art. 75. “o juiz atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a **reprovação e prevenção** do crime” (grifei).

<sup>37</sup> QUEIROZ. Obra citada, p. 80/81.

Um dos fins primários e básicos do Estado é a função de dirimir conflitos intersubjetivos. Impedidos os cidadãos de fazerem justiça com as próprias mãos, a ordem jurídica investiu-os do direito de ação, e ao Estado o dever da jurisdição. Essa função básica, que se atribui principalmente ao Poder Judiciário e que constitui o núcleo de suas atividades consiste em aplicar a lei a uma situação concreta.<sup>38</sup>

No que se refere ao Direito Penal, o poder jurisdicional estatal atua por intermédio do Direito Processual, ou seja, existe uma relação íntima, indissociável e simbiótica entre esses dois ramos jurídicos, eis que a finalidade “imediate” do Processo Penal é, “em suma, tornar realidade o Direito Penal”.<sup>39</sup>

Marques explica o motivo:

Se não existe crime sem prévia cominação legal, também não há pena sem sentença condenatória. O *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine iudicio* são princípios que se complementam nos estados em que impera o direito. O *jus puniendi*, portanto, é um direito de coação indireta, podendo a norma penal ser aplicada apenas jurisdicionalmente e por meio do processo”.<sup>40</sup>

Não obstante, o processo penal constitui-se, igualmente, em instrumento de tutela da liberdade jurídica do réu. Na concepção da teoria dualista da escola clássica, o processo penal tende a dois extremos: de um lado o interesse público à repressão do crime e, do outro, o do indivíduo ao reconhecimento de sua inocência.<sup>41</sup> Nas palavras de Grinover, “o processo penal é, pois, instrumento através do qual se tutela a liberdade jurídica dos réus e não apenas o instrumento pelo qual o Estado exerce sua pretensão punitiva”.<sup>42</sup>

Sabe-se, contudo, que não há outro meio de estabelecer a punição penal que não através do processo. Conforme a doutrina de Schmidt, somente através do direito processual penal e do (devido) processo penal propriamente dito, é que se corporificam as funções e objetivos do direito penal.

Pode-se dizer que ‘o direito penal, por si mesmo, não atuaria na vida real, sem a atividade protetora jurídica penal, regulada no processo [...]. As normas que criam os tipos penais, felizmente, não possuem eficácia sem a intervenção do Estado. A realização do direito penal material importa, neste sentido, portanto, um processo para que para se verifique, através do processo, se um caso concreto pode ser punido, verificando a comprovação de que uma pessoa incorre em uma pena determinada e a execução desta pena, ou mesmo a liberação das consequências do injusto penal (por ausência de prova de culpabilidade ou pela demonstração de inocência). Esta realização do direito penal material pelo processo penal demonstra, ao mesmo tempo, seriedade das sanções penais e contribui para reforçar os seus efeitos preventivos, o respeito pela autoridade pública, num esforço construtivo positivo de preservação do direito, por meio do restabelecimento do sentimento jurídico perturbado e da

<sup>38</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 4 vol, 29 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 1 vol., 31 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30, asseverando que a missão mediata do Processo Penal seria promover a paz social.

<sup>40</sup> **Elementos de Direito Processual Penal**, Campinas: Bookseller, 1997, Vol. I, p. 26.

<sup>41</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1982, p. 21.

<sup>42</sup> Idem, p. 22.

conformação da consequência jurídica, principalmente, nos cidadãos juridicamente bem-intencionados.<sup>43</sup>

Como destaca o jurista alemão, a realização do Direito Penal (tão-só) pelo processo penal demonstra a seriedade das sanções penais e contribui para o reforço dos efeitos preventivos, cumprindo ainda um esforço construtivo positivo para preservar o próprio direito, através do restabelecimento do sentimento jurídico perturbado pelo delito, auxiliando na formação da consciência jurídica nos cidadãos bem-intencionados.

Sobre a efetivação do direito de punir quando praticado um delito, pondera Tucci:

Considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública<sup>44</sup>

Essa efetivação ou concretização do Direito Penal através do processo penal revela o caráter instrumental e formal do Direito Processual Penal,<sup>45</sup> tornando imprescindível a atuação estatal quando houver informação de ocorrência de um ilícito criminal.<sup>46</sup>

A Constituição brasileira ao declarar o princípio da judicialidade ou prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV)<sup>47</sup> necessariamente conexo à garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV)<sup>48</sup> estabeleceu, inegavelmente, uma relação mútua de instrumentalidade, de complementaridade funcional entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal.

Certo e necessário que essa instrumentalidade não se dá de forma aleatória e não se deve confundir a função processual com o *jus puniendi* estatal,<sup>49</sup> ou seja, “não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que

<sup>43</sup> **Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal**, 2ª Ed., Tradução: Castellana Jose Manuel Nuñez, Córdoba (Ar): Lerner Editora SRL, 2008, p. 25: “Se puede decir que ‘el derecho penal, por si mismo, no actuaría en general en la vida real’, si la ‘actividad protectora jurídica penal’, reglada en el proceso (...). Las normas que incluyen en los tipos los preceptos jurídicos penales, felizmente, no actúan también sin la intervención del Estado. La realización del derecho penal material importa, en el este sentido, por lo tanto, que en un caso concreto se producirá o un castigo, es decir, la comprobación de que una persona está incurso en una pena determinada y la ejecución de esta pena, o la liberación de las consecuencias del injusto jurídico penal (sea por falta de prueba de la culpabilidad o en atención a la demostración de la inocencia). Esta realización del derecho penal material demuestra, al mismo tiempo, la seriedad de las sanciones penales legales y contribuye al reforzamiento de sus efectos preventivos y cumple, respecto de la autoridad pública, un esfuerzo constructivo positivo como preservación del derecho, por medio del restablecimiento del sentimiento jurídico perturbado y de la conformación de la conciencia jurídica, precisamente, en los ciudadanos jurídicamente bien intencionados”.

<sup>44</sup> **Teoria do Direito Processual Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

<sup>45</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 7. Interessante pontuar a justificação do *jus puniendi* estatal feita pelo autor: “O crime lesa não só direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições de harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária”. (Idem, p. 7).

<sup>46</sup> “O Estado não existe em si ou por si, existe para resolver problemas da sociedade, quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo III**. Coimbra (PT): Coimbra Editora, 1988, p. 149. “A administração é a promotora do bem público. A pena é de interesse coletivo: à administração cabe realizá-la”, pois “sendo o Estado o supremo artífice da justiça humana é, como tal, realizador de justiça: interessa-lhe a pena, pois, enquanto justa.” (Joaquim Canuto Mendes de Almeida, **Princípios Fundamentais do Processo Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 98).

<sup>47</sup> “A lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>48</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>49</sup> Sobre a diferença entre a função do processo penal e o *jus puniendi* estatal, SABATINI: “Quindi scopo del processo che si pone di fronte ad un imputato, non è di condannarlo nè di assolverlo, ma di verificare se ricorrono le condizioni di legge per condannarlo o per assolverlo. In ciò reside de la funzione specifica del processo, che per essa differenzia il proprio fine da quello che è il fine punitivo de colpevole da parte dello Stato.” (SABATINI, Guglielmo. **Principi di Diritto Processuale Penale**. Catania (Itália): Casa del Libro, 1948, Vol. I, p. 56).

sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”.<sup>50</sup>

Contudo, verificada a ocorrência de um ilícito criminal, faz-se necessária a intervenção estatal, pois, Como afirmou Almeida, “a tutela jurisdicional, enquanto ato, ação de prestá-la, ação *jurisdicional* ou *ação judiciária*, é reconhecida – no Estado de direito – que o Poder Público tem o *dever de prestá-la*”.<sup>51</sup>

Ainda sobre a finalidade e o objetivo do processo penal, Marques manifestou-se:

O Estado exerce a atividade jurisdicional para aplicar o Direito objetivo a uma situação concreta delimitada e traçada em pretensão regularmente deduzida. Sendo assim, jurisdição e processo se apresentam com funções destinadas, no campo penal, a aplicar, de maneira justa, as normas penais. Donde dizer Ernst Beling que o objeto do processo é a tutela da lei penal. O Estado, no processo, torna efetiva, através dos poderes jurisdicionais de que estão investidos os órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos.<sup>52</sup>

Tourinho Filho estabelece: “não se pode negar o caráter instrumental do Direito Processual Penal, porquanto, constitui ele um meio, o instrumento para fazer atuar o Direito material”.<sup>53</sup>

E o mesmo processualista arremata: “No que concerne ao Direito Processual Penal propriamente, mais clara se apresenta tal instrumentalidade, uma vez, que não sendo o Direito Penal de coação direta, e uma vez que o Estado autolimitou o seu *jus puniendi*, não se concebe aplicação de pena sem processo”.<sup>54</sup>

Esse é “o problema penal do processo penal”, ele carrega em seu bojo a questão criminal e também a questão anticriminal, sendo que o “idealmente sustentável seria que todas as funções do Direito Penal preventivas e reparadoras não tivessem lugar no Processo Penal”, mas, até hoje nenhuma nação encontrou solução para isso.<sup>55</sup>

Refletindo sobre o papel do processo penal, Palma questionou:<sup>56</sup>

O Processo Penal, porém, fora desse estrito modelo normativo, tem, inelutavelmente, um papel condicionado pela função punitiva do Estado (através de medidas de coação, dos interrogatórios do arguido, dos meios de obtenção de provas e do próprio julgamento). Até que ponto as funções da pena estatal condiciona o Processo Penal conferindo-lhe um papel de controlo pré-punitivo da perigosidade e até que ponto a intromissão dos fins do Direito Penal no Processo Penal é legítima num Estado constitucional?

<sup>50</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª Ed., 1987, p. 224.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo Penal, Ação e Jurisdição**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 16.

<sup>52</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I.**, Campinas, SP: Millennium, Revista e atualizada por Eduardo Reali Ferrarri e Guilherme Madeira Dezem, 3ª atualização, 2009, p. 46.

<sup>53</sup> TOURINHO FILHO. **Processo Penal**, vol. 1. Obra citada, p. 28.

<sup>54</sup> Idem, p. 29.

<sup>55</sup> PALMA, Maria Fernanda. **O Problema Penal do Processo Penal**. in **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 41.

<sup>56</sup> Idem, p. 15.

A mesma autora reconhece a influência do Direito Penal no Processo Penal e afirma:<sup>57</sup>

A pergunta é até onde é legítimo que o Processo Penal desempenhe uma função político-criminal relativamente semelhante à da pena, sem condenação antecipada do arguido e sem que as intervenções do Estado correspondam à aplicação de verdadeiras medidas de segurança pré-condenatórias, impõe-se a seguinte resposta: até ao ponto em que o Processo Penal funcione como controlo das reacções privadas expressivas das pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um plano do diálogo entre o arguido e a sociedade.

É sobre a necessidade de efetivação do direito penal e sua necessária conjugação com o processo penal, sob a nossa matriz constitucional, que nos ocuparemos no decorrer do presente trabalho.

### **1.3 Justificativa inicial: o caminho a ser seguido.**

Atualmente, o direito penal é imprescindível para regulação da sociedade brasileira, sendo que muito das críticas dirigidas ao próprio direito penal, deveriam ser dirigida ao uso que se faz dele.

O direito penal, por sua vez, somente se legitima pela aplicação das penas previstas para os infratores, punição esta que somente poderá ser aplicada após regular atividade processual com aplicação procedimental da presunção de inocência e de todos os consectários do devido processo legal.

Nesta linha, a presunção de inocência encerra direito fundamental, e qualquer processo que se pretenda legítimo deve respeitá-la. Contudo o processo penal deve atender à sua finalidade instrumental, efetivando em tempo adequado à proposta penal. Por ser uma intervenção estatal com claros reflexos sociais, a razão e a certeza devem presidir o processo penal.

Em tempos de criminalidade crescente, com uma sociedade assustada revela-se, cada vez mais, o problema nevrálgico do processo penal: equacionar as exigências comunitárias da repressão ao crime e a proteção da esfera das liberdades fundamentais.<sup>58</sup>

Nosso intento é colaborar para o aperfeiçoamento, tanto quanto possível, deste ajuste. Para isso, analisaremos a gênese e a conformação doutrinária e jurisprudencial da presunção da inocência, inserindo, quando se entender necessário, algum comentário crítico. Em seguida, analisaremos todas as questões envolvidas com a aplicação efetiva do direito

<sup>57</sup> Idem, p. 42.

<sup>58</sup> GRINOVER. Liberdades. Obra citada, p. 16.

penal, passando pela sentença condenatória nas instâncias ordinárias, os recursos penais ordinários e extraordinários, a duração razoável do processo e a coisa julgada.

Finalizaremos o trabalho, nos debruçando sobre a interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz desses temas, expondo, analisando e, eventualmente, questionando a posição adotada ou a forma como se chegou a ela. A partir disso, sugeriremos propostas que acreditamos viáveis e adequadas.

Evidencie-se que não há pretensão de esgotar a abordagem dessas questões, mas, através de uma análise conjunta sobre os temas correlatos, quem sabe, revelar novas perspectivas e, principalmente, ampliar a discussão sobre elas.

## CAPÍTULO 2

### 2 ONDE E COMO É POSITIVADA A GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Ao abordar um instituto jurídico, é natural verificar seu histórico e também a forma de sua existência em outros ordenamentos. Compõe o mecanismo de estudo, a busca por relações e comparações entre as várias legislações no sentido de se estabelecer uma possível generalização ou mesmo um sentido comum, sem deixar de lado as características (sociais, legais e institucionais) de cada nação.

Quando se trata de uma garantia fundamental amplamente consagrada, a tarefa comparativa é facilitada, pois sua especificação redacional antes de ingressar nos ordenamentos dos países principia nas declarações chamadas universais, ou diplomas internacionais.

No presente capítulo, busca-se obter um panorama global da presunção de inocência desde a sua primeira inscrição na declaração dos homens, no final do século XVIII, até sua consagração nos textos constitucionais de diversos países.

#### 2.1 A presunção de inocência nas declarações, tratados e convenções internacionais.

Segundo alguns doutrinadores, há estudos que apontam fragmentos do que viria a ser considerado como a garantia da presunção de inocência ainda na legislação da Grécia antiga e também no direito Romano.<sup>59</sup>

Contudo, a presunção de inocência, para a maioria da doutrina, “nasceu com a Revolução Francesa”,<sup>60</sup> quando referida expressamente no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O documento culminante do movimento que ampliou os ideais do Iluminismo.

A redação do que se tornou um postulado universal estabelece: “Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Neste sentido ver MORAES, Obra citada, principalmente, p. 26/39.

<sup>60</sup> BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

<sup>61</sup> No original: “*Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur que ne serat pas necessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévérement reprimée par la loi*”

Após essa primeira positivação, a garantia passou a compor todos os diplomas jurídicos que vieram a ser editados pelos principais organismos internacionais.

Nota-se, nessa escoteira redação sobre a presunção da inocência, o simples reconhecimento (com monumental repercussão, obviamente) da situação de inocência sem qualquer condicionamento temporal. A presunção de inocência alterava a então existente presunção de culpabilidade quando era o próprio acusado quem tinha que comprovar sua inocência. Diante dos abusos e exageros comuns a essa inominada exigência à época, foi um avanço significativo.<sup>62</sup>

Após duas sangrentas guerras mundiais, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>63</sup> também positivou a garantia da presunção de inocência. Inegável que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi a inspiração para a redação de seu art. XI, 1: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Como observa Batisti:

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência *na punição do rigor desnecessário*, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar *de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência*. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como *princípio político do processo*.<sup>64</sup>

Na Declaração da ONU, foram inseridas, junto à presunção de inocência, duas outras garantias processuais como a “publicidade” e como consequência da consolidação do sistema acusatório a necessidade de apresentação de “defesa”. Insere-se, igualmente, um referencial condicionante. Prevalece a inocência (presumida) do imputado “até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

Na Convenção Europeia, a previsão da presunção de inocência, surge como consequência de um processo de partes (“um processo equitativo”, nos termos do art. 6º), pelo qual “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (art. 6º, 2).

<sup>62</sup> Beccaria mencionava assim o uso da tortura: “Uma crueldade que o uso consagrou na maior parte das nações é a tortura do réu enquanto se prepara o processo, quer para forçá-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices ou sabe-se lá por qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos de que o réu poderia ser o autor, mas dos quais não é o acusado” (Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002, p. 47).

<sup>63</sup> Trata-se, segundo Vicente Rao: “Do ato de caráter internacional que constituiu, ao mesmo tempo, o mais importante documento contemporâneo de sentido social e político e a súpula mais perfeita dos direitos e deveres fundamentais do homem, sob os aspectos individual, social e universal” (RAO, Vicente. **O direito e a vida dos Direitos**, SP: RT, 6ª Ed., p. 60).

<sup>64</sup> BATISTI. Presunção. Obra citada, p. 34 (grifos no original).

Enquanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, como o próprio nome encerra, trata-se de “declaração” sem força coativa,<sup>65</sup> a celebração de um pacto, cujos enunciados poderiam ser exigidos de seus signatários, era bem-vista pela comunidade internacional. Por essa razão, em um novo encontro planetário, entendeu-se estabelecer o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Esse documento também acomoda a garantia da presunção de inocência, em seu art. 14, 2: “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

O Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também previu a garantia da presunção de inocência, no art. 8º, 2, 1ª parte: “toda pessoa acusa de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. O Congresso Nacional brasileiro aprovou pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto n. 678, de 6 de maio de 1992, determinou sua vigência no Brasil.

Em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, que confere *status* de norma constitucional para os direitos e garantias decorrentes de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, não foram poucos os doutrinadores que afirmaram que indubitavelmente, a presunção de inocência passou a integrar o sistema jurídico brasileiro.

Conforme afirmou Bento:<sup>66</sup> “O princípio da presunção de inocência está contemplado em toda sua amplitude em nosso Ordenamento Jurídico, ressalte-se, em nível constitucional, tendo sofrido uma contribuição fundamental pelo Pacto de São José da Costa Rica”.

O mesmo autor ressalta ser:<sup>67</sup> “Inegável que a presunção de inocência passou a ter uma amplitude maior com a ratificação do Estado brasileiro com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em vigência internacionalmente desde 18 de julho de 1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992”.

A “Constituição Europeia”, ao definir a presunção de inocência em seu art. II – 108, praticamente, repete a redação da Declaração dos Direitos Humanos, afirmando: “Todo acusado se presume inocente, enquanto sua culpabilidade não for declarada legalmente”.

<sup>65</sup> BATISTI, Obra citada, p. 33.

<sup>66</sup> BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2007, p. 48.

<sup>67</sup> Idem, p. 49.

Oficialmente a Constituição Europeia é consolidada em um Tratado, assinada em Roma no recente ano de 2004. Alvo de várias críticas,<sup>68</sup> decorrentes da sua forma de aprovação por tratado mediante referendo posterior dos Estados.

## 2.2 A presunção de inocência nas Constituições pelo mundo.

Da Constituição norte-americana e da Declaração de Direitos do Homem decorrente da Revolução Francesa, as garantias dos direitos do homem penetraram nas constituições dos países democráticos, denotando, com o correr dos tempos, um sensível progresso na afirmação dos direitos fundamentais.

Assim, as constituições dos principais países do mundo consagram a garantia da presunção da inocência, e mesmo quando a garantia não se encontra expressa nos textos constitucionais, é reconhecida sua aplicação por fórmula implícita decorrente de outras garantias processuais como o devido processo legal, ou ainda mesmo pelas normas de recepção dos direitos fundamentais reconhecidos nos diplomas internacionais (como o art. 5º, § 2º, de nossa Constituição).

Na sequência, a positivação da presunção de inocência na Constituição de diversos países.

### 2.2.1 A presunção de inocência nas constituições europeias.

Na França, a presunção de inocência não é prevista expressamente pela Constituição da Quinta República (assim como nenhum outro direito individual), mas a Constituição deixa claro no preâmbulo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, possui vigor constitucional: “O povo francês proclama solenemente o seu apego aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946”.<sup>69</sup>

Já na Itália, a presunção de inocência é prevista, constitucionalmente, no art. 27, “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Sobre as críticas à Constituição Europeia ver CUNHA, Paulo Ferreira. **Introdução Constitucional à Constituição Europeia**, disponível em <<http://www.hottopos.com/videtur23/pfcunha.htm>>, acesso em 22 de janeiro de 2013. Extrai-se do texto: “Para ficar bem claro: Uma Constituição não é um tratado, e um tratado não pode aprovar uma Constituição. Um tratado é coisa de diplomatas, uma Constituição é coisa do Povo e dos seus deputados”.

<sup>69</sup> No original: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”.

<sup>70</sup> “La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

A redação do dispositivo foi fruto de acaloradas discussões entre as duas correntes penais da época: uma que pretendia a inclusão da presunção de inocência no texto constitucional, e outra que preferia salientar sua contradição com a condição real do acusado no processo penal, a fórmula adotada pela Constituição italiana “pretendeu expressar um meio termo sobre as duas correntes de opinião”.<sup>71</sup>

Como veremos adiante, a redação da Constituição italiana de 1947 é propínqua à da presunção de inocência da nossa Constituição de 1988 (art. 5º, LVII). Se isso se deu de forma proposital ou não, não há registro expresso nos trabalhos de nossa Assembleia Constituinte.

Por sua vez, a Constituição Espanhola de 1978, em um inciso complexo (art. 24, I), prevê a presunção de inocência no capítulo segundo:

Assim mesmo, **todos têm direito** a um juiz predeterminado por lei, a defesa e a assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não testemunhar contra si mesmo, a não se confessar culpado e à **presunção de inocência**. (destacamos).<sup>72</sup>

Também a Constituição da República portuguesa de 1976, optou por compor diversas garantias em um mesmo texto, estabelecendo no art. 32, 2: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”

Com a reforma constitucional de 1982,<sup>73</sup> cria-se a interessante combinação de presunção de inocência e duração razoável do processo sob o mesmo item, além do estabelecimento de um referencial temporal de eficácia da presunção de inocência, qual seja, o trânsito em julgado da sentença de condenação.

Já a Constituição Alemã (Lei Fundamental) de 1949 não contempla expressamente a presunção de inocência, porém o Tribunal Federal Constitucional considera a garantia incluída no princípio do Estado de Direito e um setor da doutrina a considera deduzida do respeito à dignidade humana (art. 1º da Constituição) ou do reconhecimento das regras de Direito Internacional (art. 25 da Constituição).<sup>74</sup> Por outro lado, tal princípio está previsto nas diversas Constituições Estaduais da Federação alemã.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 25.

<sup>72</sup> No original: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

<sup>73</sup> GOMES FILHO, Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, Obra citada, p. 28.

<sup>74</sup> BARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Público**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 58.

<sup>75</sup> RODRIGUEZ LL. M., Javier Llobet. **La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según doctrina alemana)**. Revista de Derecho Procesal. N. 2, Madri: Eredersa, p. 550.

### 2.2.2 A presunção de inocência nas constituições da América do Norte.

No Canadá, o Ato Constitucional de 1982 (*Constitution Act*), em seu primeiro capítulo (*part I*) estabeleceu a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, sendo que se encontra entre os direitos legais (*legal rights*), no item 11, a previsão da presunção de inocência, nos seguintes termos: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito [...] de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial”.<sup>76</sup>

Também na vetusta Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 existe a previsão expressa da presunção de inocência, no artigo 20 (apartado B), que cuida dos direitos das pessoas imputadas, sendo que nos termos do item I, toda pessoa tem direito “a que se presuma sua inocência enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa”.<sup>77</sup>

A primeira proclamação institucional dos direitos fundamentais do homem que poderosamente influenciou na organização política dos Estados democráticos, encontra-se na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787, fruto de um movimento nacional de sua independência.<sup>78</sup>

Contudo não há previsão expressa da presunção de inocência na Constituição norte-americana.

Não obstante, o referido princípio foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Coffin v. United States* em 1895. Na decisão, a Corte detalhou a história completa da presunção de inocência.<sup>79</sup>

Ainda, como recorda Bento:<sup>80</sup> “O Direito Norte-Americano traz ainda uma grande contribuição para o estudo da presunção de inocência, no registro do caso *Miranda v. Arizona*, onde ficou estabelecido que qualquer extorsão ou tortura para obtenção da confissão é ilegal, e a inadmissibilidade de sua utilização contra o suspeito”.

<sup>76</sup> No original: “Any person charged with an offence has the right: [...] to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”

<sup>77</sup> No original: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

<sup>78</sup> RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Ed., p. 57.

<sup>79</sup> Disponível em <[constitution.org/ussc/156-432.htm](http://constitution.org/ussc/156-432.htm)> acesso em 15 de outubro de 2012.

<sup>80</sup> BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 43.

### 2.2.3 A presunção de inocência nas constituições da América do Sul.

Na Argentina, a Constituição de 1860 e suas reformas (de 1866, 1898, 1957 e 1994) não previram expressamente a garantia da presunção de inocência em sua fórmula clássica, mas se entende que ela foi recepcionada pelos dispositivos do art. 31, que reconhece também os tratados com estados estrangeiros como “lei suprema da Nação” e também o art. 33 da carta que recepcionou “outros direitos e garantias não enumerados, mas que nascem dos princípios da soberania do povo e da forma republicana de governo”.<sup>81</sup>

Outra parte da doutrina entende que há registro da presunção de inocência implícito nos artigos 18 e 19 da Constituição, que consagram diversas regras processuais, entre elas, o devido processo legal.<sup>82</sup>

Igualmente, na Constituição do Uruguai, a cláusula da presunção de inocência não é prevista de forma expressa, sendo que alguns autores afirmam que estaria implícito no art. 12, que se refere ao devido processo legal: “Ninguém pode ser punido ou preso sem o devido processo legal e sentença legal”.<sup>83</sup>

Mesmo na Constituição Política da República de Chile de 1980 não foi contemplada a fórmula tradicional da presunção de inocência, mas alguns autores chilenos expressam que a garantia estaria implicitamente contida no art. 19, n° 3°, inc. 6°,<sup>84</sup> cuja redação é a seguinte: “A lei não poderá presumir a responsabilidade penal”.<sup>85</sup> No entanto parece que o texto contém proibição ao reconhecimento da chamada responsabilidade penal (material) objetiva, ou seja, aquela referente à responsabilização que independe do elemento anímico do agente (dolo ou culpa), aparentando não possuir relação com o processo penal. Não obstante, o art. 4°, do Código de Processo Penal Chileno prevê a garantia expressamente.

Porém, no Peru, a presunção de inocência encontra assento no art. 2°, 24. “e” da Constituição: “Toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente sua responsabilidade”.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> No original: “Otros derechos y garantias no enumerados; pero que nacen Del principio de La soberania Del pueblo y de La forma republicana de gobierno”.

<sup>82</sup> BENTO. Obra citada, p. 74/75.

<sup>83</sup> “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.

<sup>84</sup> VERDUGO M, Mario, e outros. *Derecho Constitucional, Tomo 1*, Santiago(CH): Edit. Jurídica de Chile, 1995, p. 218.

<sup>85</sup> No original: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

<sup>86</sup> No original: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Também a Constituição paraguaia reconhece a presunção de inocência em seu art. 17 (Dos direitos processuais): “No processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a: que seja presumida sua inocência”.<sup>87</sup>

Outrossim, a presunção de inocência é prevista no art. 49 da Constituição venezuelana de 1999: “O devido processo se aplicará a todas as atuações judiciais e administrativas; em consequência: 2. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se prove o contrário”.<sup>88</sup>

### 2.3 Considerações referentes ao tema

Como se viu, foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 que mencionou pela primeira vez a presunção de inocência, acompanhada de determinação de comedimento na execução da prisão. Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU introduziu a necessidade da comprovação da culpabilidade para efetivação da condenação. No mesmo sentido, os demais diplomas internacionais resguardam a condição de inocente até que se comprove legalmente a culpa da pessoa imputada.<sup>89</sup>

Importante asseverar que nenhum diploma internacional, assegura a condição de inocente até o julgamento definitivo do processo criminal, mas que tal condição perdura até “que a sua culpabilidade tenha sido legalmente comprovada”.

Observa-se, ainda, que alguns países optaram por não prever expressamente a presunção de inocência no corpo da Constituição (Alemanha, Argentina, Chile, Estados Unidos da América do Norte, Uruguai), outros se limitaram a reconhecer a garantia de forma genérica (Espanha e Paraguai), sendo que outros condicionaram a manutenção do *status* de inocente até a comprovação da culpa (Canadá, México, Peru e Venezuela) e alguns ao julgamento definitivo (Itália e Portugal). A Constituição do Brasil, como estudaremos a seguir, adotou essa última forma de redação.

Conclui-se que a garantia da presunção de inocência assumiu uma condição universal, sendo considerada por todas as Cartas, Pactos, Tratados ou Convenções de caráter universal ou regional.<sup>90</sup> Em outro aspecto, verifica-se que nem todas as Constituições

<sup>87</sup> No original: “En el proceso penal, o en cualquier otros del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocencia (...)”.

<sup>88</sup> No original: “El debido proceso se aplicará a todas la actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

<sup>89</sup> BATISTI. Obra citada, p. 42/43.

<sup>90</sup> Idem, p. 44.

consagram expressamente a garantia e nem mesmo há uma homogeneidade da forma de sua redação entre os que sufragaram sua posituação.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> BENTO. Obra citada, p. 54.

## CAPÍTULO 3

### 3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira consagrou a presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Contudo cumpre antes questionar: Como se chegou a essa fórmula redacional? Qual a sua justificativa? Após tentar responder a essas perguntas, cumpre analisar a questão principal: qual é o seu alcance?

#### 3.1 O caminho (tortuoso) da presunção de inocência na Constituição de 1988.

Apesar de as constituições republicanas brasileiras<sup>92</sup> previrem um capítulo referente a “direitos e garantias individuais”,<sup>93</sup> nenhuma delas, antes da Constituição de 1988, acolheu expressamente a garantia da presunção de inocência. A Constituição “cidadã” foi pioneira nessa normatização.<sup>94</sup>

Após a retomada da democracia com a eleição (indireta) de um presidente civil<sup>95</sup>, foi encaminhada pelo governo e aprovada, em 27 de novembro de 1985 pelo Congresso a emenda constitucional (n. 26) que atribuía poderes constituintes ao Congresso Nacional que se reuniria no início de 1987 e seria constituído por uma maioria de parlamentares eleitos na eleição de 1986<sup>96</sup> e também por alguns senadores biônicos, eleitos indiretamente, em 1982.

A fórmula adotada foi objeto de fortes críticas por não convocar eleições apenas para formação de um Congresso Constituinte que se dedicaria exclusivamente à confecção da nova Constituição e que seria dissolvido após a conclusão dos trabalhos. Optou-se por uma Assembleia Constituinte que também acumulava as obrigações da legislatura ordinária e que permaneceu igual, mesmo após a promulgação da nova carta constitucional. O fato de

<sup>92</sup> Na Constituição de 1891 havia a Seção II, que previa a Declaração de direitos.

<sup>93</sup> Constituição de 1891, art. 72; Constituição de 1934, art. 113; Constituição de 1937, art. 122; Constituição de 1946, art. 141; Constituição de 1967, art. 150 e Emenda Constitucional de 1969, art. 153.

<sup>94</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 30/32.

<sup>95</sup> O que ocorreu com a eleição (indireta) em 15 de março de 1985 do primeiro presidente civil desde 1964: José Sarney.

<sup>96</sup> Segundo Saulo RAMOS: “O Congresso havia sido eleito sem que, na campanha eleitoral, alguém debatesse uma ideia sobre nosso futuro Direito Constitucional. A eleição coincidiu com a dos governadores. Deputados e senadores foram eleitos dentro da normalidade política segundo a influência de seus partidos. E os debates deram-se em torno dos candidatos ao governo dos Estados. Nenhuma palavra sobre a importância da Constituinte e a escolha dos delegados que iriam elaborá-la” (**Código da Vida**, São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007, 2ª Ed, p. 203).

senadores biônicos comporem a Assembleia também não agradava pelo temor de uma maior influência do executivo nos trabalhos.<sup>97</sup>

Ainda antes do início dos trabalhos da Assembleia Constituinte, esse temor cresceu, quando o governo pelo Decreto de nº 91450 de 18 de julho de 1985, criou uma comissão provisória de estudos constitucionais, cuja tarefa seria apresentar um Anteprojeto de Constituição.

A referida comissão formada por cinquenta “ilustres e capazes para essa colaboração”<sup>98</sup>, selecionados por “livre escolha do chefe do executivo” apresentou, em 24 de setembro de 1986, um anteprojeto constitucional.<sup>99</sup>

Nesse trabalho a garantia da presunção de inocência já era prevista no artigo 47, § 7º, que assim dispunha: “presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa”.

O referido projeto, chamado de Afonso Arinos em homenagem ao presidente da Comissão, foi arquivado pelo Ministério da Justiça e não foi encaminhado à Assembleia, servindo apenas como subsídio aos trabalhos dos legisladores constituintes.<sup>100</sup>

### 3.2 O trabalho da Assembleia Nacional Constituinte. Da euforia à realidade.

Instalada a Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, elaborou-se um Regimento com orientação que previa a formação de oito Comissões temáticas<sup>101</sup>, restando ainda uma Comissão de Sistematização<sup>102</sup>, sendo que dentre aquelas Comissões, uma ficou responsável pela “Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, a qual se

<sup>97</sup> SARMENTO, Daniel. *21 Anos de Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988*. Revista de Direito Público, Vol. 1, n. 30 – Nov/Dez/2009, p. 9/10.

<sup>98</sup> Compuseram a referida Comissão os acreditados Afonso Arinos (presidente), Celso Furtado, Raul Machado Horta, Antônio Ermírio de Moraes, Jorge Amado, Barbosa Lima Sobrinho, José Saulo Ramos, Miguel Reale, Paulo Brossard, Evaristo de Moraes Filho, Gilberto Freyre, entre outros notáveis.

<sup>99</sup> Publicado no Diário Oficial da União do dia 26 de setembro de 1986, n. 185, Suplemento Especial.

<sup>100</sup> SARMENTO. *21 Anos*, Artigo citado, p. 10. Segundo SARMENTO, o referido Projeto foi arquivado a pedido do presidente por prever como forma de governo o parlamentarismo e não o presidencialismo, mas o projeto teve “grande divulgação e exerceu influência na elaboração da Constituição” (p. 4). Contudo, BARROSO afirma que o referido projeto foi “praticamente ignorado” (BARROSO, Luis Roberto. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. Migalhas, São Paulo, 27 nov. 2008, p. 13. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mig\\_imprimir\\_sem\\_imagem.aspx?cod=74424](http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=74424)>. Acesso em 28 nov. 2012.

<sup>101</sup> Sobre as comissões, assuntos e composição ver Sarmiento, *21 Anos*, obra citada, p. 15/20.

<sup>102</sup> Sobre a Comissão de Sistematização, escreveu Saulo Ramos, então Consultor Geral da República (cargo que antecedeu o de Advogado Geral da União): “Nossa Assembleia Constituinte tinha mais uma complicação. Havia sido criada a Comissão de Sistematização, que, como indica o nome, tinha competência para sistematizar os textos aprovados – obviamente pelo plenário – com o voto da maioria absoluta, para evitar contradições, comandos conflitantes, redações dúbias. Mas o Senador Fernando Henrique Cardoso tomou conta da Comissão e deu-lhe competência extraordinária, com base numa quinta coluna do regimento interno da Constituinte, especialmente redigido para esta marota finalidade. Os textos eram aprovados antes na Comissão dele, por maioria absoluta de seus membros, número fácil de atingir: 47 votos. Depois no plenário, o texto aprovado na Comissão somente poderia ser ‘alterado’ pelo voto da maioria absoluta dos constituintes, isto é, 280 votos. Do contrário, seria tido como definitivo, para integrar o texto final da nova Carta. Malandragem das mais evidentes” (RAMOS, obra citada, p. 205).

subdividiu em três subcomissões, sendo uma delas responsável pelos “Direitos e Garantias Individuais”.<sup>103</sup>

Assim, os trabalhos da Assembleia dividiram-se em três etapas, partindo dos temas selecionados pelas Comissões Temáticas, seguindo para Comissão de Sistematização que minutava o texto na forma de projeto e seguindo, então, para o Plenário para deliberação de todos os constituintes.<sup>104</sup>

Configurada a forma de trabalho, a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais passou a estudar e debater os diversos temas que lhes cabiam. Através de reuniões em que eram convidadas alguns *experts* nas áreas focadas obtinham maiores subsídios para propositura de textos. Uma dessas reuniões, 8ª reunião, realizada em 24 de abril de 1987, teve como expositor o professor Candido Mendes que, entre outros temas, abordou, rápida e superficialmente, a presunção da inocência, inclusive sugerindo redação. Disse o professor:

Como trazer a nossa experiência em alguns princípios, dentro dos quais o problema do direito do preso e o problema, sobretudo – já que não se pode evitar – ao nefando inquérito policial, para que se estabeleçam algumas novas garantias, de modo a poder, efetivamente preservá-lo? Quais são essas garantias? Primeiro, e essa é a grande lição da Suprema Corte Americana, é presumir-se que o silêncio do detido não é por si mesmo incriminatório. Essa é a maneira de se acabar com o crime do camburão, ou seja: com a pancadaria, para que se possa extrair determinadas frases ou palavras que se transformam, sob coação das mais arbitrárias, em veredicto e em libelo para a efetiva escarmentação de um possível condenado. Que se identifiquem os interrogadores, que se possa, sobretudo, permitir que o advogado de defesa do preso seja de sua escolha, que se comunique à família o local da detenção e que se inverta a presunção que hoje caracteriza a posição do Estado dentro da limitação dos direitos das pessoas. E qual é? É a de que hoje se presume a culpabilidade, não a inocência. O princípio da implementação dos direitos humanos, neste aspecto fundamental das garantias, deveria dizer: “presume-se a inocência do cidadão, ou do acusado, até a declaração judicial da sua condenabilidade, ou de sua condenação”. Essa inversão de um princípio da prova, invertida ou alterada, parece-nos um princípio fundamental, que gostaria de trazer à consideração dos Srs. Constituintes.<sup>105</sup>

Durante os trabalhos, após algumas reuniões da referida Subcomissão, foi apresentada a Sugestão nº 385/6, de autoria do Constituinte António de Jesus, o qual sobre as garantias individuais reorganizava alguns parágrafos, prevendo no § 6º: “Todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada, através de processo regular, no qual se lhe tenha assegurada plena e ampla defesa”.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Iuris*, 2010, p. 217.

<sup>104</sup> Sobre o procedimento da Assembleia e a conjuntura em que ocorreram seus trabalhos: Barroso, Vinte Anos, Artigo citado, p. 13/17.

<sup>105</sup> Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, p. 49, disponível em

<[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, acesso em 8 de outubro de 2012.

<sup>106</sup> Idem, p. 181.

O relator da subcomissão, o constituinte Darcy Pozza, apresentou um relatório, com o anteprojeto, afirmando que recebeu mais de 1.121 sugestões de textos normativos para o capítulo Direitos e Garantias Individuais, sendo que inseriu em artigo a ser futuramente numerado, inciso XXXIII, § 10º a seguinte redação: “Considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.<sup>107</sup>

Em 25 de maio de 1987, a referida comissão, após analisar o relatório, apresentou a primeira proposta que ostentava agora o § 11, de um artigo com número a ser futuramente definido, que manteve a redação proposta pelo relator com alteração decorrente da emenda (n. 100.315) do constituinte Delio Braz, que suprimiu a expressão “penal” do texto, para, segundo a justificativa apresentada: “tornar mais abrangente o princípio consagrado no citado parágrafo, permitindo sua aplicação em todos os ramos do direito, sem limitá-lo tão somente ao Direito Penal”.<sup>108</sup>

Seguindo para a Comissão de Sistematização, abriu-se a possibilidade de apresentação de emendas por constituintes de outras comissões, quando várias propostas foram apresentadas. Algumas com modificações pontuais ao texto aprovado na subcomissão, como as dos constituintes Sigmaringa Seixas e Ana Maria Rattes, o primeiro pretendendo substituir a palavra “cidadão” por “toda pessoa” por entendê-la “mais abrangente” (emenda 1C0294-9), e a segunda para substituir “cidadão” por “indivíduo” (emenda 1C0351-1).<sup>109</sup>

Outras emendas foram propostas como a do constituinte Bonifácio de Andrada que aproximava o texto constitucional daquele editado nos principais diplomas internacionais: “Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa” (Emenda n. 1P16855-4). A proposta de emenda do constituinte Cunha Bueno era na mesma linha: “Todo o acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito de ser preservada ao máximo possível essa condição” (ES21209-5). Contudo ambos os parlamentares apresentaram emendas ao conjunto do capítulo, ou seja, pretendiam com uma só emenda a alteração de diversos artigos, parágrafos e incisos e suas justificativas foram sucintas e por isso rejeitadas ou simplesmente ignoradas.

<sup>107</sup> Documento disponível em

<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>, acesso em 8 de outubro de 2012.

<sup>108</sup> Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-65.pdf>, acesso em 8 de outubro de 2012.

<sup>109</sup> Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>, acesso em 8 de outubro de 2012.

### 3.3 A emenda n. 1P11998-7. Justificativa insuficiente. Ausência de registro de deliberação sobre o tema.

Contudo a proposta mais relevante, sobre o tema em apreço, foi elaborada por José Ignácio Ferreira (n. 1P11998-7), que sugeriu a alteração do texto existente para “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Posteriormente, Osvaldo Coelho ainda apresentou a emenda: “Ninguém será considerado culpado nem identificado criminalmente antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (ES29767-8), enquanto Jairo Bisol apresentou a seguinte proposta: “Presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” (ES32071-8). Antônio Mariz, Nelton Friedrich e José Richa e outros repetiram o texto apresentado por José Ignácio Ferreira.

O constituinte José Ignácio Ferreira, para “justificar” a alteração, afirmou: “A proposta visa apenas caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”.<sup>110</sup>

A breve justificativa, como se vê, nada justifica (o trocadilho é proposital). O constituinte em questão propôs emenda substitutiva para melhorar (“caracterizar mais tecnicamente”) a garantia da presunção inocência que seria “uma expressão doutrinariamente criticável”. No entanto não tece uma linha sequer sobre a razão de tal consideração e, paradoxalmente, apesar de apresentar texto diverso do anterior, pediu ao final a manutenção “da garantia do atual dispositivo”.

A aprovação pela Comissão de Sistematização (porta de entrada para o texto figurar no Projeto de Constituição), igualmente, foi econômica e, para dizer o mínimo, confusa. A proposta foi aprovada nos seguintes termos: “A Emenda nos parece (à Comissão de Sistematização) procedente e merece ser acolhida pelo Substitutivo. Pela aprovação parcial”. Não se sabe e nunca se saberá com certeza qual parte foi aprovada e qual foi rejeitada, mas o certo é que o texto da emenda substitutiva de José Ignácio Ferreira foi incorporado ao Projeto de Constituição de setembro de 1987 (art. 5º, § 17) *ipsis litteris*, mantido no Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização de dezembro de 1987 (art. 6º, § 17), confirmado no texto do Projeto de Constituição (B) – 2º Turno, de agosto de 1988 (art. 5º, LVII) e concretizado definitivamente na Constituição promulgada.

<sup>110</sup> Projeto de Constituição: Emendas oferecidas em plenário, p. 1244, disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-228.pdf>>

Não se encontra nos Anais da Constituição qualquer discussão plenária na votação realizada em dois turnos (o segundo turno com votação em bloco do texto aprovado no primeiro) na Assembleia Constituinte sobre o referido texto.

### 3.4 Aprovação do Projeto de Constituição. Aspectos formais desconsiderados.

Cediço, contudo, que havia prazos regimentais a cumprir, o que, em tese, impossibilitava maiores discussões sobre os temas. Ademais, o prazo para o encerramento dos trabalhos da Assembleia Constituinte aproximava-se. Outrossim, as eleições municipais também se avizinhavam.<sup>111</sup> Em resumo, vários fatores influenciaram na forma de aprovação dos temas. As emendas eram analisadas e aprovadas em blocos e com fusão de emendas, muitos deles sem qualquer discussão aprofundada pelo Plenário da Assembleia Constituinte.

O projeto final da Constituição foi aprovado em dois turnos, mas houve alterações substanciais do texto que foi votado inicialmente (em primeiro turno). Surgiu uma discussão sobre a necessidade de um terceiro turno, que foi logo descartada.<sup>112</sup> A seguir, o texto aprovado foi encaminhado para a Comissão de Redação, sendo relatado que, nesta Comissão, mesmo os textos não aprovados em plenário foram inseridos no texto final da Constituição.<sup>113</sup> Enfim, “foi nesse clima de balbúrdia elaborada a Constituição atual”.<sup>114</sup>

### 3.5 Considerações críticas.

Assim como várias matérias da igual ou maior magnitude, não houve um debate adequado sobre a presunção de inocência constitucional. As emendas foram apresentadas sem qualquer referencial ou prognóstico jurídico, as justificativas formais e as aprovações lacônicas. Os debates, quando ocorreram, foram igualmente superficiais e descompromissados.

<sup>111</sup> Ocorreriam em 15 de novembro de 1988 as eleições diretas em todos os municípios brasileiros. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O texto legal maior de nossa nação foi elaborado de maneira caótica pelo ‘Comissão de Sistematização’ e o chamado ‘Centrão’ e aprovada sem revisão linguística adequada, pois, “aproximando-se as eleições municipais, os constituintes queriam livrar-se o mais rápido possível da incumbência, mesmo porque a opinião pública já reagia contrariamente à duração dos trabalhos da Assembleia” (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, Vol. 1, 1997, 2ª ed., p. 2/3).

<sup>112</sup> COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **A Polêmica dos artigos não votados da Constituição de 1988: Normas constitucionais inconstitucionais?**, p. 12, disponível em

[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_racion\\_democ\\_claudio\\_colnago.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_claudio_colnago.pdf)

<sup>113</sup> JOBIM, Nelson. A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 14-16.

<sup>114</sup> RAMOS, Saulo. Código. Obra citada, p. 218. Sobre uma breve história das Constituições vide: VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Editora Leya, 2011, p. 111/129. Este autor também utilizou a expressão “balbúrdia constitucional” para se referir ao trabalho da Assembleia Constituinte (p. 114).

Reputado como excessivamente amplo e, por isso, confuso, Ferreira Filho teceu as seguintes críticas ao texto constitucional aprovado:<sup>115</sup>

Um texto compósito como o da atual Constituição inexoravelmente é deficiente quanto à técnica jurídica. E esta deficiência é um dos traços mais evidentes da Constituição de 1988 [...] Num texto compósito, elaborado como foi este, forçosamente ocorre a superposição de normas que dispõem divergentemente sobre aspectos de um mesmo assunto. Ou a contradição entre princípios, que, por serem genéricos parecem aceitáveis para grande maioria, conquanto se choquem com normas específicas. Além disso, as composições reclamam, para que as aparências, tão importantes para cada grupo, sejam guardadas, uma redação imprecisa. Sim, para que cada lado veja no texto o que lhe convém. E na Constituinte de 1987/1988 não raro essas composições se fizeram pela agregação de propostas entre si opostas, de modo que a primeira parte de um artigo se volta para uma direção, enquanto a segunda para outra, às vezes num ângulo de cento e oitenta graus. Também para essa deficiência técnica muito contribuiu o relativo desprestígio do 'jurista' no âmbito da Constituinte. A maioria dos integrantes da Assembleia considerava secundários os aspectos formais, portanto os jurídicos, esquecida que a Constituição é lei, portanto documento jurídico, que tem que ser aplicado por homens do direito. Aliás, o mesmo se deu quanto à linguagem, tendo sido inglório o resultado do trabalho de revisão lingüística que, ao final dos trabalhos apressadamente se realizou.

Pode-se dizer que o texto do art. 5º, inc. LVII da Constituição reflete tais incoerências. Afinal, qual a exata compreensão daquele: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"?

Nos próximos capítulos, pretendemos estudar e refletir sobre os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relativos à presunção de inocência e seus reflexos no processo penal.

---

<sup>115</sup> FERREIRA FILHO, Comentários. Obra citada, p. 3.

## CAPÍTULO 4

## 4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A redação não muito feliz<sup>116</sup> do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 – desde sua promulgação – foi objeto de controvérsia na doutrina e consequente especulação hermenêutica.

Coube à doutrina e à jurisprudência (tentar) esclarecer o significado e o alcance do enunciado normativo do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal.

**4.1 Presunção de inocência ou de não-culpabilidade: a discussão das escolas penais italianas.**

Nitidamente, a fórmula adotada pelo constituinte brasileiro para presunção de inocência seguiu as linhas do art. 27.2, da Constituição italiana<sup>117</sup>: “O imputado não é considerado culpado senão até a condenação definitiva”. No Brasil, a Constituição estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Observa-se que não foi utilizada a expressão “inocência” para designar a garantia processual, sendo que não foram poucos os autores que afirmaram (e afirmam) que a Constituição não reconheceu expressamente uma presunção de inocência, mas sim uma presunção de não-culpabilidade.

Há de se destacar que juridicamente e historicamente a presunção de inocência e da não-culpabilidade, na origem, não se equivalem, sendo fonte de profunda divergência entre as chamadas Escolas Penais italianas do século XIX e XX.

O embate sobre a presunção de inocência contrapôs os partidários da chamada Escola Clássica<sup>118</sup> e os da Escola Positiva<sup>119</sup>, sendo que no início do século XX, os partidários da Escola Técnico-Jurídica<sup>120</sup> recrudesceram suas críticas sobre a dimensão que se dava ao conceito de presunção de inocência.

Antônio Magalhães Gomes Filho explica que a presunção de inocência do acusado mereceu especial atenção dos clássicos, sendo que, para Carrarra seria “pressuposto da ciência

<sup>116</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 39.

<sup>117</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. Obra citada, p. 32. No original: “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

<sup>118</sup> Cujos principais expoentes foram Beccaria, Carrarra e Carmignani.

<sup>119</sup> Cujos principais expoentes foram Ferri e Garofalo.

<sup>120</sup> Cujos principais expoentes foram Manzini e os irmãos Alfredo e Arturo Rocco.

penal, na parte em que contempla o procedimento”<sup>121</sup>, enquanto Carmignani ressaltava o seu valor, estabelecendo que “como mais frequente acontece que os homens se abstenham de delinquir, a lei consagra a todos os cidadãos a presunção de inocência”.<sup>122</sup>

Porém, para a Escola Positiva, “a presunção de inocência não passava da porta da denúncia”,<sup>123</sup> não aceitando a sua influência na dinâmica processual penal.

Interessante observar que, “apesar da radicalização das opiniões, a leitura dos textos daquela época evidencia que o valor político do princípio jamais chegou a ser contestado pelos positivistas, da mesma forma que suas implicações também nem sempre foram reputadas absolutas pelos clássicos”.<sup>124</sup>

Contudo, com o crescimento do nacional-socialismo na Itália e incremento da população urbana e, como consequência, o aumento da criminalidade, a presunção de inocência passou a ser questionada abertamente pela Escola Técnico-Jurídica, a qual rejeitou essa designação (e os efeitos dela decorrentes) para os acusados de praticarem crimes. Para os partidários dessa corrente positivista (Arturo e Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini) a finalidade ou escopo do processo penal era a realização da pretensão punitiva derivada da ocorrência de um crime a ser exercida pelo Estado. Nessa óptica, haveria um interesse público que se sobressaía aos interesses de liberdade do imputado. Afinal, concebia-se que também a liberdade era um direito social não individual, na medida em que tal direito era concedido pelo Estado.

Por conseguinte, como decorrência lógica, buscava-se a prova para condenação e apenas quando esta não era conseguida é que prevalecia o interesse do imputado à liberdade (social e concedida pelo Estado), mas, ainda assim, não se declarava sua inocência.

Em suma, iniciada a ação penal, não cabia mais falar em inocência, mas apenas em culpado e não-culpado. A pessoa imputada não seria, em qualquer hipótese, inocente, pois, afinal perdeu tal *status* ao ser denunciado.

Observe-se a lógica do pensamento de Manzini, citado por Zanoide:<sup>125</sup> “Seria uma falha proferir a inocência do acusado, pois ele poderia não ser de fato inocente, mas apenas não ter sido provada sua culpa, seja por falha persecutória seja por critério judicial quanto a insuficiência das provas para condená-lo”.

Assim, segundo linha de pensamento de Manzini, enquanto o juiz ou Tribunal não reconhecesse a culpa do acusado, ele jamais seria considerado inocente. Afinal, o processo

<sup>121</sup> Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. Obra citada, p. 13.

<sup>122</sup> Idem, p. 13.

<sup>123</sup> ZANOIDE, Mauricio. Presunção. Obra citada, p. 114.

<sup>124</sup> MAGALHÃES. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. Obra citada, p. 15.

<sup>125</sup> Idem, p. 127/128.

penal, na sua óptica, não seria um instrumento para analisar se alguém era ou não inocente, mas para verificar se era ou não culpado.<sup>126</sup>

Com base nesse pensamento, surge “a justificativa para substituição da ‘presunção de inocência’ iluminista pela ‘presunção de não culpabilidade’ criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX”.<sup>127</sup>

As tendências da Escola Técnico-Jurídica tiveram decisiva influência na elaboração do Código de Processo Penal italiano de 1931, o qual serviu inegavelmente de base ao nosso estatuto processual de 1941, influenciando ainda a redação da garantia na Constituição italiana de 1948, a qual, como apresentado anteriormente, influenciou o texto adotado pela Constituição brasileira.

Entre nós, alguns doutrinadores entendem que foi adotada a presunção de inocência<sup>128</sup>, mas para outros, o postulado acolhido pela Carta constitucional brasileira foi da não-culpabilidade.<sup>129</sup> Há ainda aqueles que afirmam que “a norma constitucional em questão do inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal”<sup>130</sup> e outros ainda que afirmam não haver diferença entre os dois.<sup>131</sup> Nessa linha, a posição de Badaró:<sup>132</sup>

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as idéias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Igualmente, Gomes, citando Jaime Vergas Torres, afirma:<sup>133</sup>

Não é possível distinguir presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Desse modo, o art. 27.2. da Constituição (italiana) não faz outra coisa que consagrar o princípio da

<sup>126</sup> Sobre o contexto histórico e político em que se deu essa “batalha” entre as Escolas Penais: MAGALHÃES. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. Obra citada, p. 9/17 e ZANOIDE. Presunção de Inocência. Obra citada, p. 108/139.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>128</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 31 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 63.

<sup>129</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45. Para este autor, “A Constituição não presume a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’[...] Assim, melhor é dizer-se que se trata de ‘princípio de não-culpabilidade’”. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 24/34. Este autor chega a afirmar: “não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumido inocente” (p. 24).

<sup>130</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*, 7 ed, 2010, São Paulo: Malheiros Editores, p. 158.

<sup>131</sup> FERNANDES. Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 3 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300. Para o autor: “Outro princípio relevante para o estudo da prisão cautelar é o da presunção de inocência também denominado presunção de não culpabilidade, estabelecido no art. 5º, LVII [...]”. ZANOIDE, Presunção. Obra citada, p. 220. Segundo o autor: “Consta uma verdadeira identidade entre ambas as expressões”.

<sup>132</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal - Tomo I*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16.

<sup>133</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Sobre o conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência in* Temas Atuais de Advocacia Criminal, São Paulo: Etna, 1996, p. 22.

presunção de inocência... Essa é a doutrina de Illuminati, Bellavista e outros... Este último, impugnando a tese de Frosali segundo a qual a Constituição enuncia somente a formulação negativa de não presunção de culpabilidade, afirmou: 'Vale aqui a máxima *qui dicit de uno, negat de altero*. Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente. *Tertium non datur*.'

E ainda Maier, para quem:<sup>134</sup>

*'Presumir inocente', 'reputar inocente' ou 'não considerar culpável'* significa exatamente o mesmo; e essas declarações formais remetem ao mesmo princípio que emerge da exigência de um 'juízo prévio' para infligir uma pena a uma pessoa [...] trata-se, na verdade, de um ponto de partida político que assume – ou deve assumir – a lei de processo penal em um Estado de Direito, ponto de partida que constitui, em seu momento, uma reação contra uma maneira de perseguir penalmente que, precisamente, partia do extremo contrário.

Há outros estudiosos ainda a afirmar ser a presunção de inocência, na realidade, uma correspondência “técnica à não consideração prévia de culpabilidade”,<sup>135</sup> pois o imputado, para desenvolvimento regular do processo, não seria considerado inocente ou culpado. Somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória que se concretizaria a “certeza de ser o imputado o autor da infração penal”,<sup>136</sup> passando, então, à condição de culpado. Na mesma linha de entendimento, Delmanto Jr, para quem a Constituição adotou “tão-somente o direito à desconsideração prévia de culpabilidade”.<sup>137</sup> Não obstante, o referido autor afirma que o princípio da presunção de inocência “restou incorporado à nossa Constituição” em decorrência do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF (“Os direitos e garantias expostos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) conjugado com a ratificação do pacto de São José da Costa Rica pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

O Supremo Tribunal Federal prefere a expressão presunção de inocência<sup>138</sup>, mas, às vezes, opta pela expressão presunção de não culpabilidade<sup>139</sup>, sendo que em alguns momentos as utiliza de maneira indistinta.<sup>140</sup> Interessante registrar que num dos julgamentos, foi

<sup>134</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal - Tomo I - Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto SRL, 2002, p. 491/492. No original: “*Presumir inocente*, *reputar inocente*’ o *no considerar culpable*’ significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un ‘juicio previo’ para infligir una pena a una persona. [...] Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume – o debe asumir – la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde o extremo contrario”.

<sup>135</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal**, 4 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 320.

<sup>136</sup> Idem, p. 322.

<sup>137</sup> DELMANTO JR, Roberto, **As modalidades de prisão provisória e sua duração**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 60/61

<sup>138</sup> HC ns. 110235, 105750, 93427, 93315, 89503 e 71289.

<sup>139</sup> HC n. 80.719 e RHC 100.913.

<sup>140</sup> HC ns. 108440, 107318, 107229, 106856 e 106174.

consignado, inclusive, que a “presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência”.<sup>141</sup>

Atualmente, portanto, seja por incorporação constitucional de diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário (art. 5º, § 2º, da CF), seja por equiparação dos institutos, é possível afirmar (com ressalvas, como vimos) que a Constituição consagrou a presunção de inocência.

#### 4.2 Conteúdo do enunciado normativo. Estabelecendo conceitos.

Afirma-se, com absoluta razão, ser a presunção de inocência uma constante no Estado de Direito, chegando a “tangenciar a obviedade”<sup>142</sup> e, inserida no texto da Constituição, cumpriu à doutrina e à jurisprudência explicitar seu conteúdo e alcance.

Não obstante, Martins e Bastos já de início declaravam que a presunção de inocência, “considerada em todo o seu rigor verbal, não impede que seja de difícil determinação o seu conteúdo”.<sup>143</sup>

Também Canotilho e Moreira compartilham a mesma preocupação:

Não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do argüido. Considerado em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz).

Da mesma forma, Hassemer, reconhecia que: “A presunção de inocência é um pilar fundamental de nosso processo penal, mas, ressalte-se, um princípio como este é difícil de se manter na prática [...] nem seu conteúdo e limites são claros e pacíficos”.<sup>144</sup>

Não obstante, já foram traçados alguns delineamentos sobre o tema pela doutrina e pela jurisprudência.

<sup>141</sup> HC n. 101909/MG, Segunda Turma, rel. Min. Ayres Brito, julg. 28/02/2012, DJe 19/06/2012.

<sup>142</sup> MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 277. ESPINOLA FILHO afirmava que o “princípio da presunção de inocência era muito relativo, de origem e valor histórico, principalmente” (Obra citada, v. III, p. 366).

<sup>143</sup> Idem.

<sup>144</sup> HASSEMER, Fundamentos. Obra citada, p. 198/199. No original: “la presunción de inocencia es un pilar fundamental de nuestro proceso penal, pero, ahora bien, un principio como éste es difícil de mantener en la práctica [...] ni el contenido y sus límites son claros y pacíficos”.

### 4.3 Princípio ou regra.

É comum, na doutrina, a presunção de inocência ser antecedido do substantivo “princípio” sem que se reflita ou mesmo se explique porque realmente se trata de um princípio e mesmo qual seria a importância de ser ou não princípio jurídico.<sup>145</sup>

É consagrada, atualmente, na teoria das normas jurídicas a sua diferenciação em “norma-regra” ou simplesmente “regra” e “norma-princípio” ou “princípio”, sendo definidos critérios para estabelecer as diferenças entre um e outro.

Antes de iniciar a distinção, cumpre alertar que até recentemente negava-se normatividade aos princípios<sup>146</sup> que eram adotados apenas como critério interpretativo auxiliar nos casos em que uma regra jurídica não fosse claramente estabelecida.

Sobre a evolução do conteúdo dos princípios jurídicos, Bonavides explicou que “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”.<sup>147</sup>

Na primeira, a normatividade dos princípios é nula “ou duvidosa” e predomina a abstração de seus comandos, reconhecendo apenas sua dimensão ético-valorativa. Na segunda fase, os princípios passam a integrar também os códigos de leis, como fonte normativa secundária, mas agora já reconhecido como norma.<sup>148</sup> Finalmente, o movimento constitucional das últimas décadas do século XX consolida a função axiológica dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>149</sup>

A partir do Pós-Positivismo, os princípios passam a ser considerados direito, e as normas a dispor de duas espécies de veiculação: os princípios e as regras.

Portanto, atualmente, segundo a maior parte da doutrina, regras e princípios consagram-se sob o conceito de normas, logo, “a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p. 93/96.

<sup>147</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 259.

<sup>148</sup> BONAVIDES aponta passagens de Bobbio e Crisafulli sobre o tema: “Bobbio escreveu em sua *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*: ‘Os princípios gerais são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro, mas agora servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?’” (BONAVIDES. Obra citada, p. 263/264).

<sup>149</sup> Idem, p. 265.

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 87.

Entre os critérios, mais comuns e aceitos para diferenciação de normas e princípios estão aqueles relacionados à “generalidade” ou “grau de abstração”. Assim, os princípios veiculariam normas com grau de abstração elevado, enquanto as regras possuiriam maior concretude, noutro sentido, os princípios seriam normas “gerais”, com “caráter de fundamentalidade”<sup>151</sup> ou de maior “generalidade” enquanto as regras implicariam em maior “especificidade”.<sup>152</sup> Contudo, tais critérios de diferenciação mostraram-se insuficientes.<sup>153</sup>

Embora reconheça que “em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer”,<sup>154</sup> Dworkin, distingue regras e princípios, afirmando que “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferenciam-se quanto à natureza da orientação que oferecem”.<sup>155</sup>

As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada (*all-or-nothing*). “Dados os fatos que uma regra estipula então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.<sup>156</sup> Como exemplo, o autor usa regras esportivas [da partida de beisebol] e a regra segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas.

Já os princípios, segundo o autor, “enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”.<sup>157</sup>

Assim, para Dworkin os princípios não determinam a decisão a ser tomada, mas possuem os fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros princípios para verificação de qual possui maior densidade ou peso (*dimension of weight*). E complementa:

Princípios interagem, uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’.<sup>158</sup>

Com posição semelhante<sup>159</sup>, ALEXY esclarece:

<sup>151</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 51.

<sup>152</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Lisboa: Almedina, 1999, p. 125.

<sup>153</sup> Para uma análise crítica sobre os critérios de diferenciação entre regras e princípios, vide ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, 10 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 35/64.

<sup>154</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 45. **O mesmo autor em Uma questão de princípio**, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 105, subverte a presunção de inocência, afirmando “o direito profundo” que as pessoas têm “de não serem condenadas por crimes de que são inocentes”.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>159</sup> O próprio Alexy reconhece a semelhança entre a distinção de regras e princípios apresentada por ele e por Dworkin, afirmando apenas a diferença num “ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização” (**Teoria dos Direitos Fundamentais**, obra citada, p. 91, nota de rodapé 27).

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é: *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>160</sup>

Após análise crítica sobre a distinção entre regras e princípios pelo critério do “modo final de aplicação”, Ávila propõe a seguinte complementação:

Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram para argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reason*). Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos. Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. É a própria regra que funciona como razão para adoção do comportamento. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*).<sup>161</sup>

E conclui o autor:

O traço distintivo não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, que irá enquadrá-la numa ou noutra categoria de espécie normativa. É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.<sup>162</sup>

Ao analisar os critérios diferenciadores entre princípios e regras, não há como deixar de incluir a presunção de inocência na categoria de princípios.

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com norma a ser “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando”, como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.

<sup>160</sup> ALEXY. Teoria dos Direitos, obra citada, p. 90/91.

<sup>161</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 48/49.

<sup>162</sup> ÁVILA. Teoria. Obra citada, p. 49.

Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou “maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios.

Em conclusão, Zanoide reafirma que a presunção de inocência:<sup>163</sup> “É norma-princípio, porquanto, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas-regras, prescritivas de condutas”.

#### 4.4 Presunção ou estado de inocência.

Como ensina Magalhães Gomes Filho,<sup>164</sup> nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência vem expresso algumas vezes em termos de “presunção”, enquanto em outras se prefere a referência ao *status* do acusado durante o processo penal (estado de inocência ou de não-culpabilidade). Embora não se trate “de perspectivas contrastantes, mas convergentes”, no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado.

Zanoide explica o porquê do princípio da presunção da inocência ser, na realidade, um “estado de inocência”:<sup>165</sup>

Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele ‘continua’ inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um ‘estado de inocência’ que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes.

<sup>163</sup> Presunção de Inocência. Obra citada, p. 273. Ver especialmente nota de rodapé n. 36. O STF, no entanto, no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e ADI 4578, afirmou ser a presunção de inocência “regra”. Mas anteriormente, havia determinado que se tratava de um princípio, quando do julgamento da ADPF 144.

<sup>164</sup> O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Revista do Advogado, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 31.

<sup>165</sup> Presunção. Obra citada, p. 247.

Também Cernechiaro<sup>166</sup> e Pacelli<sup>167</sup> afirmam que o estado de inocência (e não presunção) garante ao réu “o direito público e subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado”, até o trânsito em julgado da condenação.

Olmedo também classifica a presunção de inocência como um “princípio da personalidade do imputado”, esclarecendo que:<sup>168</sup>

O interesse privado assegura-se no processo penal afirmando o princípio da personalidade do imputado. Este princípio se obtém dogmaticamente das bases constitucionais que reconhecem o estado de inocência e a garantia de defesa em juízo. Sem alterar as bases constitucionais da inviolabilidade da defesa e estado de inocência, o interesse social permite a regulamentação por leis processuais penais sem desprezitar a personalidade do imputado, mantido como verdadeiro sujeito de direito, cujas atribuições e possibilidades de atuação somente podem ser limitadas quando existam justificadas concessões ao interesse público quando se persiga a correta administração da justiça.

Enfim, inegável que a presunção de inocência contempla garantia do *status* do cidadão, impondo às autoridades públicas além de outros setores (da imprensa, por exemplo) tratamento adequado e respeitoso à pessoa acusada por um delito.

#### 4.5 Presunção técnico-jurídica ou política.

Outro tema bastante controverso refere-se à categoria de presunção que se obtém do princípio constitucional.<sup>169</sup>

A presunção funda-se na experiência e por ela se considera como ocorreu um ato não provado, ou seja, é um conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas e que dura até prova em contrário. Essa regra de experiência pode orientar o legislador e se tornar uma presunção legal, as quais, por sua vez, podem ser absolutas (*praesumptiones juris et jure*) quando não admitirem provas em contrário ou relativas (*praesumptiones juris tantum*) quando se considerar como verdade determinado fato enquanto não houver prova em contrário.<sup>170</sup>

O enunciado do art. 5º, LVII, da Constituição, levado ao pé da letra, impede qualquer tipo de condenação, pois se ninguém pode ser considerado culpado “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e, sabemos todos que o juiz deve estar convicto ao

<sup>166</sup> CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 86.

<sup>167</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, 10ª Ed., p. 35.

<sup>168</sup> OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Tratado de Derecho Proceso Penal*. Buenos Ediar S. A. Editores, 1960, p. 495/496. No original: El interés privado se custodia en el proceso penal afirmando el principio de personalidad del imputado. Este principio se obtiene dogmáticamente de las bases constitucionales que reconocen el estado inocencia y garantizan la defensa en juicio. Mientras las bases constitucionales de inviolabilidad de la defensa y estado de inocencia no sean alteradas, el interés social permite su reglamentación por la leyes procesales penales, y éstas deben, por lo tanto, ser respetuosas de la personalidad del imputado, manteniéndolo como un verdadero sujeto del proceso cuyas atribuciones y posibilidades de actuación sólo estén limitadas cuando existan justificadas concesiones al interés público, en cuanto se persiga la recta administración de la justicia” (p. 496).

<sup>169</sup> Sobre as categorias jurídicas da presunção de inocência e sua relevância, vide VARALDA, Restrição ao princípio. Obra citada, p. 49/74.

<sup>170</sup> MIRABETE. Processo. Obra citada, p. 343/344.

pronunciar o decreto condenatório. Como condenar em primeira instância quem é considerado inocente até o trânsito em julgado?

A questão não passou despercebida por Martins Batista, o qual criticou:<sup>171</sup>

A fórmula consagrada em nossa Constituição, portanto, tomada em sentido puramente literal não escapa à mesma crítica, por contrariar a lógica mais elementar. Diz o item LVII, do art. 5º, que ‘ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória’. Ora, a sentença condenatória com trânsito em julgado pressupõe necessariamente a sentença condenatória sem trânsito em julgado e esta, a seu turno, só pode ser prolatada se o juiz, mais do que presumir, tiver certeza de que o réu é culpado. Logo é evidente que o réu deve presumir-se culpado antes da decisão condenatória com trânsito em julgado.

Baseando-se nesta iniquidade, Rangel, chega a afirmar que a presunção de inocência “não resiste a uma análise perfunctória”, eis que “seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência”.<sup>172</sup>

Magalhães Gomes Filho, por outro lado, esclarece:<sup>173</sup>

O apelo à ‘presunção’ pouco tinha que ver com a idéia de conseqüência que a lei extrai de um fato conhecido para um fato desconhecido, significando, antes disso, uma atitude emocional de repúdio ao sistema até então vigente, no qual o acusado devia comprovar a improcedência da acusação, sob pena de suportar as conseqüências do *non liquet*.

Respondendo ao questionamento sobre se a presunção de inocência se consubstancia tecnicamente em uma presunção, aduz Magalhães Bolina:<sup>174</sup>

A qualificação jurídica do princípio da presunção da inocência não parece revestir importância essencial. Ele não se justifica por questões de técnica jurídica, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal.

Realmente não há como presumir tecnicamente no sentido filosófico ou jurídico a inocência de uma pessoa submetida a um julgamento criminal por não haver sentido lógico de probabilidade. Por outro lado, tampouco poderá ser considerado culpado. Por isso:

<sup>171</sup> MARTINS BATISTA, Weber. **O princípio constitucional de inocência; Recurso em liberdade, antecedentes do réu**. Revista Forense Comemorativa – 100 anos – Tomo VII, 2004, p. 634. O mesmo autor pontuou: “Acontece que talvez em relação a nenhuma outra regra caiba com mais propriedade, a afirmação de Figueiredo Dias, segundo a qual, um preceito jurídico – e, de forma muito especial, um preceito constitucional – é naturalmente o seu texto, mas é também e sobretudo, sua história” (p. 635).

<sup>172</sup> Direito. Obra citada, p. 24.

<sup>173</sup> Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. Obra citada, p. 35/36.

<sup>174</sup> MAGALHÃES BOLINA, Helena. **Razão de ser, significado e conseqüências do princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº 2, da CRP)**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Vol. 70. 1994. p. 456.

A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico, diante da ausência de um sentido lógico de probabilidade, e da relação causal entre o fato real e o fato presumido, já que maioria dos réus, provavelmente, será condenada. Também não é presunção judicial, por ser prevista constitucionalmente, nem tampouco presunção *iure et iure*, pelo fato de poder tratar-se de uma verdade interina, com a possibilidade de ser desvirtuada com prova em sentido contrário.<sup>175</sup>

Outrossim, Zanoide recorda:<sup>176</sup>

A inscrição iluminista ‘tout homme étant présume innocent’, de 1789, ‘não pode ser pensada a partir de um sentido puramente técnico de prova indireta; o apelo à ‘presunção’, no caso, pouco tinha que ver com a idéia de consequência que a lei extrai de um fato conhecido para um fato desconhecido, significando, antes disso, uma atitude emocional de repúdio ao sistema processual até então vigente, no qual o acusado devia provar a improcedência da acusação sob pena de suportar as consequências do ‘*non liquet*’.

Trata-se, por conseguinte, de uma presunção em sentido ideológico ou político, como resume Magalhães Gomes Filho:<sup>177</sup>

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

#### 4.6 Considerações sobre o tema.

Ao analisar as posições doutrinárias, conclui-se que a presunção de inocência adéqua-se aos delineamentos dos conceitos mais aceitos de norma-princípio. Aceitá-lo como regra, na forma como essa espécie normativa é conceituada pela doutrina (regra de aplicação do “tudo ou nada”), equivaleria a revogar o direito processual penal e, por consequência o próprio direito penal.

O enunciado normativo inserido na Constituição, através de uma emenda não muito bem justificada, traduz uma presunção política, mas não jurídica ou lógica, na medida em que a inocência não se trata, em todos os casos, de uma realidade. Trata-se de uma imputação ética destinada aos que têm o domínio do poder: considerar a pessoa processada criminalmente – hipossuficiente e fragilizada na relação processual – como inocente, ainda que futuramente se demonstre que não o era.

<sup>175</sup> VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2007, p. 51.

*tantum et iure et de iure* (possibilidade ou não de prova em contrário). Porém,

<sup>176</sup> Presunção. Obra citada, p. 143.

<sup>177</sup> Presunção de inocência e prisão cautelar. Obra citada, p. 37.

Independente de ser estado ou uma presunção (política), pois, em nosso sentir, ambos os conceitos traduzem as mesmas determinações e consequências legais, a inocência garantida pela Constituição é uma garantia (ou presunção) relativa, a admitir, obviamente, juízo contrário. Pensar de outro modo é extinguir o Direito Penal.

Por fim, no atual estágio de evolução do direito, não faz qualquer sentido tentar diferenciar inocência e não-culpabilidade, duas faces da mesma moeda. Os autores que adotam uma ou outra expressão, com raras exceções, não divergem que a essência de ambos os institutos é a mesma, consubstanciada em regras de tratamento e, como consequência, na excepcionalidade das medidas coercitivas processuais (*favor libertatis*); e ainda na produção, em contraditório, e análise do conjunto probatório (*in dubio pro reo*).

Em vez de discutir a denominação do instituto adotada pela Constituição, parece ser fundamental estabelecer os parâmetros de sua aplicação efetiva, considerando como parâmetro a necessidade de se efetivar a prestação jurisdicional.

## CAPÍTULO 5

### 5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Afirmado dogmaticamente que a presunção de inocência é princípio e garantia fundamental, importante delimitar e esclarecer o âmbito de sua aplicação de modo a facilitar seu entendimento.

Inicialmente, parece claro que a presunção aplica-se tanto para o brasileiro submetido a um processo criminal, ainda antes de sua formulação, ou seja, já no inquérito policial ou em outro procedimento investigativo prévio deve-se salvaguardar o *status* de inocente da pessoa processada, aplicando-se também a garantia, sem qualquer tipo de ressalva, ao estrangeiro, residente ou de passagem pelo país, que venha a ser investigado ou processado criminalmente no Brasil.

Fora de questão, igualmente, que a presunção de inocência aplica-se ao direito penal, a impedir criação legislativa fundada em presunções absolutas de criminalização e de culpabilidade. Porém a garantia constitucional ganha relevo e assento principalmente no direito processual penal e no desenrolar do processo-crime.<sup>178</sup>

Contudo, além dessas obviedades, surgem questões peculiares sobre a aplicação dessa garantia constitucional, merecendo – pensamos – uma rápida reflexão. Assim, prudente questionar, a presunção da inocência abrange apenas os processos judiciais ou procedimentos referentes a outras áreas? Aplica-se apenas para os réus passíveis de culpabilidade ou também para os menores de idade e mentalmente incapacitados? As pessoas jurídicas beneficiam-se da garantia?

#### 5.1 A quem se aplica a presunção de inocência. Os limites subjetivos.

O princípio da presunção da inocência, como dito, enfatiza dois pontos principais: um deles relacionado ao tratamento do imputado como inocente, e outro relacionado à forma de produção e posterior análise do material probatório.

Há de se questionar: a presunção de inocência aplica-se a todas as pessoas processadas criminalmente ou há alguma limitação à sua aplicação? Aplica-se a “qualquer” pessoa ou apenas aos processos criminais que se relacionarem a pessoas físicas maiores e

<sup>178</sup> Daí nossa indignação com a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que utiliza a expressão “agressor” para designar a pessoa investigada ou processada por conduta que caracterize violência doméstica (**Duas impropriedades técnicas da Lei de Proteção à Mulher**, Brasília: Revista Jurídica Justilex, Ano 6, n. 61, p. 69/70).

capazes. Em resumo, a presunção de inocência aplica-se aos processos (ou procedimentos judiciais) contra inimputáveis e pessoas jurídicas?

Justifica-se a indagação, pois, como visto no capítulo 2, outros países constitucionalizaram o princípio da presunção de inocência utilizando como referencial a expressão “imputado” (Itália) ou “arguido” (Portugal), criando dúvidas sobre a aplicação da garantia aos que não pudessem ser assim conceituados.

A Constituição brasileira utilizou a expressão universal em sentido negativo “ninguém”, autorizando interpretação de que, independentemente da qualificação que se adote (indiciado, réu, acusado, imputado), o manto da presunção da inocência protegerá a pessoa processada de qualquer tratamento abusivo. Assim, mesmo em processos relacionados a menores de idade e pessoas comprovadamente inimputáveis, a presunção de inocência incidiria em toda sua extensão.

Contudo podemos observar que a legislação menorista brasileira – o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – não tratou especificamente do tema. A lei em questão estabeleceu uma série de garantias ao menor em conflito com a lei, mas não ressaltou a presunção de inocência. Apenas para ilustrar, a lei em questão garante expressamente ao menor processado a garantia do devido processo legal (art. 110, *caput*) e à ampla defesa (art. 111, II e III).

Apesar de o estatuto legal regente dos processos de menores não afirmar expressamente a presunção de inocência, pode-se dizer que mesmo entre os adolescentes processados vigora a presunção da inocência, porquanto o Brasil é signatário de diplomas internacionais que a estabelecem.

Nesse prisma, a Convenção sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas – Unicef, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e Promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990, estabeleceu a necessidade de o “Estado signatário assegurar a toda criança ou adolescente contra quem se alegue infração às leis penais que desfrute de garantias processuais” entre as quais a de “ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei” (art. 40, 2, “i”).

Ainda, em complemento à Convenção, foram editadas, em 14 de dezembro de 1990, as Regras das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade que determina em seu tópico III:

Os adolescentes que estão detidos preventivamente ou que aguardam julgamento (não julgados) presumem-se inocentes e serão tratados como tal. A detenção antes do julgamento deve ser evitada, na medida do possível, e limitada a circunstâncias excepcionais. Devem, por

isso, ser feitos todos os esforços para se aplicarem medidas alternativas. No entanto, quando se recorrer à detenção preventiva, os tribunais de adolescentes e os órgãos de investigação tratarão tais casos com a maior urgência, a fim de assegurar a mínima duração possível da detenção. Os detidos sem julgamento devem estar separados dos adolescentes condenados (item 17).

As condições em que um adolescente não julgado se encontra detido devem estar de acordo com as regras abaixo estabelecidas, sob reserva de disposições especiais, julgadas necessárias e apropriadas em razão da presunção da inocência, da duração da detenção e do estatuto legal e circunstâncias do adolescente (item 18).

Conclui-se que o Brasil, dado o teor do enunciado normativo estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal e ainda por ser signatário da supracitada Convenção, que não há como deixar de observar o princípio da presunção da inocência nos processos (ou procedimentos) adotados contra os adolescentes em conflito com a lei.

Mesmo o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a aplicação da presunção de inocência aos processos contra adolescentes, impedindo a imediata execução de medida socioeducativa de internação na pendência de recurso interposto em favor do menor.

O mesmo posicionamento deve ser adotado em relação a qualquer inimputável que for submetido a processo criminal, seja a incapacitação decorrência de doença ou retardo mental ou mesmo de ausência de adaptação, como no caso, de índios aculturados.<sup>179</sup>

Após algum vacilo<sup>180</sup>, a jurisprudência passou a aplicar a presunção da inocência para os julgamentos realizados em processos regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Observe-se.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O ato infracional equiparado ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, é insuficiente a justificar a medida excepcional a simples alusão ao art. 157 do Código Penal. 2. O consagrado princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, não é

<sup>179</sup> Interessante o posicionamento de Vives Anton (ao analisar o princípio da presunção na Constituição espanhola) que traz a seguinte reflexão: *"Inocencia y culpabilidad non son dos polos sobre los que cobra sentido la presunción constitucional. De modo que se ha dicho que los incapaces de culpabilidad, precisamente por no poder ser culpables, no tienen el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Así, se ha dicho que cuando se impone a un imputable una medida de seguridad sin existir una mínima prueba de cargo sobre su autoría, no se está violando el derecho a la presunción de inocencia, sino el derecho de toda persona a un proceso justo o, en palabras del art. 24.2 de la Constitución, a un proceso con todas las garantías, entre las que se incluyen las relativas a la validez de la prueba practicada y la observancia de las reglas probatorias. Insisto, pues, en mi argumento: sólo el imputable puede ser titular del derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad. Existe, eso sí, un problema de identificación acerca de cuál es el contenido cierto de este derecho fundamental"*. Contudo o mesmo autor ressalta: *"Un menor acusado de un delito es titular del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Esto no quiere decir sino que la regla de juicio, según la cual cada uno de los elementos determinantes de la culpabilidad ha de ser probado mas allá de toda duda razonable para que pueda producirse la condena es aplicable también a los incapaces de culpabilidad; y no se ve cómo una serie de personas, justamente por el hecho de ser incapaces de culpabilidad, podrían ser excluidos del derecho a no ser condenados sin pruebas suficientes"*. (VIVES ANTÓN, T.S. **El proceso penal de la presunción de inocencia in Jornada de Direito Processual e Direitos Fundamentais**, Coord. Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, p. 33).

<sup>180</sup> ECA. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. EFEITOS. A Lei nº 8.069/90 não exige o trânsito em julgado da sentença para o início do cumprimento da medida socioeducativa imposta, não incidindo o princípio da presunção de inocência. Inexiste perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, pois o ato infracional é extremamente grave, estando a exigir imediata resposta estatal. Ordem denegada. (HC n. 70007186117, Rel. Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Civil, TJRS, j. 29/03/2003).

aplicado somente ao denunciado no processo penal, e sim a todo acusado, inclusive ao menor infrator. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Sexta Turma, AgRg no HC nº 118.009 – SP, Rel. Min. Ceslo Limongi, j. 13/04/2011).

Como lembra Batisti,

*A infração de caráter criminal é sempre infração de caráter criminal, quer seja cometida por maior (de 18 anos no Brasil e 16 anos em Portugal) e imputável, quer seja cometida por menor a esta idade e mesmo por inimputável propriamente dito. Ademais, parece evidente que qualquer restrição de liberdade (semiliberdade, internação, conforme art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil), com caráter definitivo, ou seja, além das cautelares, sujeita-se a atender ao princípio da presunção de inocência”.*<sup>181</sup>

Outro ponto a ser questionado, é se a presunção de inocência é garantida também para as pessoas jurídicas acusadas de praticar crimes ambientais no Brasil. A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi estabelecida no Brasil pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal e regulamentada pela lei de crimes ambientais (art. 3º, Lei n. 9.605/98).

Apesar da resistência da doutrina,<sup>182</sup> o Superior Tribunal de Justiça<sup>183</sup> e o Supremo Tribunal Federal<sup>184</sup> aceitaram a chamada responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Destarte, constatada por nossos tribunais superiores a legalidade e a constitucionalidade dessa espécie de responsabilização criminal às pessoas jurídicas. *Mutatis mutandis*, também nos parece correto admitir a incidência da presunção da inocência de modo a amparar o ente moral, determinando a incidência da observância da regra de valoração probatória (*in dubio pro reo*) e de tratamento, com excepcionalidade de imposição das medidas cautelares à empresa processada.

Afinal, como afirma Paulo Gonet Branco:<sup>185</sup>

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham também a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas físicas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.

<sup>181</sup> BATISTI. Obra citada, p. 126.

<sup>182</sup> Para uma análise crítica sobre o tema, ver: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 144/159. SANTOS. Ver também: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Obra citada, p. 425/450.

<sup>183</sup> REsp 610.114-RN. O STJ reconheceu a responsabilidade da pessoa jurídica, mas condicionou-a à responsabilidade simultânea da pessoa física que atua em seu nome e em seu benefício, não aceitando a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica dissociada da responsabilidade da pessoa física.

<sup>184</sup> AgR no RE 628582-RS, sendo que nesse julgamento o relator, acompanhado pelos demais ministros da Primeira Turma, reconheceu que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada (e condenada) de forma autônoma, independentemente da responsabilidade de seu representante, inclusive, aceitando a denúncia somente da pessoa jurídica.

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 165.

Essa necessidade de aplicação da presunção de inocência resta ainda mais clara, na medida em que a jurisprudência pátria exige um verdadeiro litisconsórcio passivo, entre a pessoa jurídica e o dirigente (ou dirigentes) que determinou o ato tido como criminoso, determinando que a inicial acusatória estabeleça uma dupla imputação sobre o ilícito ambiental a ser apurado.<sup>186</sup>

## **5.2 Qual matéria é abrangida pela presunção de inocência. Os limites materiais da presunção de inocência.**

Após a promulgação da Constituição, existia uma divergência sobre a dimensão material do princípio da presunção da inocência, creditando sua aplicação apenas ao direito penal e processual penal.

Não obstante, Magalhães Gomes Filho alertava que a utilização do termo “ninguém” em vez de “acusado” (na redação do art. 5º, LVII, da Constituição) determinaria também a aplicação da presunção de inocência para os procedimentos administrativos de toda ordem. Em resumo, explicava o mestre:<sup>187</sup> “A consagração do preceito (presunção de inocência) pela Constituição encerra, no plano do tratamento, que deve ser dado ao acusado, garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação da sua situação à do culpado”.

Contudo o Supremo Tribunal Federal, ressaltando a “independência de instâncias”, não reconhecia a aplicação do princípio da presunção de inocência nos procedimentos administrativos, permitindo, por exemplo, a demissão do servidor público que viesse a ser processado criminalmente ainda antes do completo desfecho do processo criminal.

Representativo dessa posição, o seguinte acórdão:

Mandado de segurança. – É tranqüila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do STF. – Inexistência do alegado cerceamento de defesa. - Improcedência da alegação de que a sanção imposta ao impetrante se deu pelo descumprimento de deveres que não são definidos por qualquer norma legal ou infralegal. Mandado de segurança indeferido. (AgR no MS n. 22829-SP, STF – Pleno, Rel. Moreira Alves, julg. 02/04/03).

Realmente, o art. 5º, LVII, refere-se à sentença penal condenatória, fazendo entender que apenas se relacionaria ao direito penal e processual penal.

<sup>186</sup> Seria a única forma de superar a dificuldade referente ao estabelecimento da culpabilidade (e seus componentes intelectual e volitivo) da pessoa jurídica. Por isso, o STJ, como visto acima, condiciona a responsabilidade criminal da pessoa jurídica à responsabilidade pessoal do dirigente, numa culpabilidade “por ricochete”. Contudo, deve ser ressalvado o acórdão acima de uma das turmas do STF, autorizando o processamento isolado da pessoa jurídica.

<sup>187</sup> Presunção de inocência e prisão cautelar. Obra citada, p. 66.

Não obstante, Queiroz Lobo alertava:<sup>188</sup>

A presunção de inocência aplica-se, sem exceções, ao ordenamento administrativo sancionador, garantindo o direito a não sofrer sanção que não tenha fundamento em uma prévia atividade probatória sobre a qual o órgão competente possa fundamentar um juízo razoável de culpabilidade. A apreciação realizada pelo órgão administrativo somente é suscetível de revisão pela jurisdição ordinária, mas a valoração das provas não pode ser substituída. A função do tribunal na função de defesa da presunção de inocência na via de amparo, limita-se a comprovar se a prova existe, devendo, no caso, considerar satisfeitas as exigências da presunção, a qual somente será ofendida se não houver prova ou quando a apreciação judicial da mesma for arbitrária ou carente de conexão lógica com seu conteúdo.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pese a redação da garantia constitucional referir-se à sentença penal condenatória, alterou sua orientação jurisprudencial, passando a decidir que se incluem também no âmbito da presunção de inocência os processos cíveis e administrativos. Vejamos:

Presunção Constitucional de Inocência – Esfera Administrativa – Cursos e Concursos – Aplicabilidade. Polícia Militar. Curso de Formação de Sargentos (PM/DF). Cabo PM. Não convocação para participar desse curso, pelo fato de existir contra referido policial, procedimento penal em fase de tramitação judicial. Exclusão do candidato. Impossibilidade. Transgressão ao postulado constitucional da presunção de inocência. (CF, art. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. A recusa administrativa de inscrição em Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra o candidato, procedimento penal, inexistindo, contudo, condenação criminal transitada em julgado, transgride, de modo direto, a presunção constitucional de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes. O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Poder Público trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. Precedentes (RE 565519/DF).<sup>189</sup>

Na mesma linha, o Pretório Excelso reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei mineira que reduzia a remuneração dos servidores que fossem processados criminalmente, no julgamento do RE n. 48200-6, afirmando:

ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I – A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da

<sup>188</sup> QUEIROZ LOBO, José Maria Queiroz. **Princípios de Derecho Sancionador**, Granada: Editorial Comares, 1996, p. 92/93. No original: “La presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador garantizado el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. La apreciación que el órgano administrativo realice solo es susceptible de reviso ante la jurisdicción ordinaria, sin que la valoración que ésta haga de la prueba pueda ser substituida por la que mantenga la parte que discrepe de ella, no por la de este tribunal cuya función de defensa de la presunción de inocencia en la vía de amparo se limita a comprobar si esta prueba existe, debiendo en tal caso considerar satisfechas las exigencias de la presunción, la cual sólo se vulnera no ha habido prueba o cuando la apreciación judicial de la misma es arbitraria o carente de conexión lógica con el contenido de las pruebas sobre las que se realiza.”

<sup>189</sup> No mesmo sentido: AgR n. RE n. 450.971, RE n. 634.224, RE 482.006, RE n. 464.947.

Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II – Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição [...] Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.

Não obstante, ainda que se trate de procedimento análogo ao administrativo disciplinar, o Supremo Tribunal Federal não reconhece a incidência do princípio da presunção de inocência no que se refere à falta grave decorrente de crime posterior no decorrer da execução penal, determinando as consequências do reconhecimento da falta ainda que o processo criminal não tenha sido concluído. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 109 DO CP. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. 1. Inexistindo norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, aplica-se o disposto no artigo 109 do Código Penal, considerando-se o menor lapso temporal previsto, que é de dois anos. Precedente. 2. O Regime Penitenciário do Rio Grande do Sul não tem a virtude de regular a prescrição. Isso porque compete privativamente à União legislar sobre direito penal [artigo 22, I, da CB/88]. 3. **A prática de fato definido como crime doloso, para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende do trânsito em julgado da ação penal respectiva.** Precedente. Ordem indeferida.<sup>190</sup>

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME. SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. ARTS. 111 E 118 DA LEI 7.210/84. REMIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 9 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VETOR ESTRUTURAL. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA. I - A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime. II - **A prática de "fato definido como crime doloso", para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva.** III - **A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena.** IV – A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana. V - Incidência do teor da Súmula vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal quando à perda dos dias remidos. VI - Ordem denegada.<sup>191</sup>

Segundo se extrai do voto do relator, escudado na doutrina de NUCCI,<sup>192</sup> o “fato definido como crime doloso” praticado pelo detento e que acarreta a regressão de regime (art. 118, II, LEP), independe do trânsito em julgado da sentença condenatória, porque “se fala em fato e não em crime”.

<sup>190</sup> HC 97611 / RS, relator: Min. Eros Grau (destacamos).

<sup>191</sup> HC 93782, relator: Min. Ricardo Lewandowski (destacamos).

<sup>192</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 501.

O mesmo entendimento, de ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência, prevalece em relação à transferência de detentos para o chamado regime disciplinar diferenciado (RDD), pois o art. 52, da Lei de Execução Penal, utiliza a mesma forma de normatização: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características”.

No entanto, convenhamos, um fato só pode ser definido como criminoso – só poderá ser adjetivado como tal – após um julgamento realizado pelos órgãos constitucionalmente competentes. Sempre será possível questionar: e se o detento “regredido” for absolvido no processo criminal pelo “fato definido como crime”? A regressão baseada em inquérito ou mesmo num auto de prisão em flagrante não viola realmente o princípio da presunção da inocência? Ora, o servidor público processado criminalmente não pode ter o salário descontado, mas o detento que estava em regime aberto pode regredir para regime mais gravoso, inclusive fechado, ou mesmo transferido para gravoso regime disciplinar diferenciado sem ofensa ao princípio da inocência?

Por fim, por se tratar de procedimento investigativo análogo ao inquérito policial com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, § 3º, CF/88), também durante as investigações legislativas conduzidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito em âmbito federal ou estadual, projeta-se o princípio da presunção de inocência.<sup>193</sup>

No que se refere à aplicação da presunção da inocência ao Direito Eleitoral, referente à questão da inelegibilidade da pessoa condenada criminalmente, o Supremo Tribunal Federal afirmou quando do julgamento da ADPF n. 144/DF:

**RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA – REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO – PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) – REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE**

<sup>193</sup> STF, HC 89.269/DF.

**PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR – CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, "N"), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS – ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) – PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA – O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL – O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL – HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE – NUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) – RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) – IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL – COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) – O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA – RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, "G") NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE. (Destacamos).**

Naquela oportunidade, o relator, Ministro Celso de Mello, deixou consignado:

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que 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 favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal.

Antes desse momento – insista-se, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Contudo, recentemente, no julgamento conjunto das ADCs 29, 30 e ADI 4578, o Supremo Tribunal Federal alterou esse posicionamento, ficando consignado:

“[...] A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.”

No caso, tratava-se de julgamento sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10, denominada “Lei Ficha Limpa” que alterava a Lei Complementar n. 64/90, a qual, por sua vez, estabelece os casos de inelegibilidade.

A lei questionada estabelece no art. 1º, I, “c”, a inelegibilidade por oito anos dos pretendentes a candidatos “que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado” pelos crimes que elenca, ou seja, impede o registro da pessoa que pretenda ser candidato condenado ainda que tal decisão seja passível de combate por recurso.

Observe-se que não se pode descartar de plano a inelegibilidade mesmo para aqueles que forem condenados por Tribunal do Júri em primeira instância, eis que se trata de órgão colegiado.

Na oportunidade, ficou consignado no voto do relator, Min. Luiz Fux:

Cuida-se aqui tão-somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Em outras palavras, é reexaminar a percepção, consagrada no julgamento da ADPF 144, de que decorreria da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito uma interpretação da presunção de inocência que estenda sua aplicação para além do âmbito penal e processual penal.

Falou-se ainda durante o julgamento da “relativização da presunção de inocência” quando referente a questões eleitorais, assentando, por maioria, que não incidiria a presunção da inocência em matéria eleitoral.

Em relação às transgressões disciplinares no âmbito militar, ainda que acarretem prisão, não se aplica o princípio da presunção de inocência nem mesmo do devido processo legal<sup>194</sup>. O regime militar se diferencia pela necessidade de extrema disciplina e hierarquia e a própria Constituição federal desautoriza a aplicação de algumas garantias constitucionais no campo militar. Assim, por exemplo, não é passível de *habeas corpus* a punição por infração disciplinar (art. 142, § 2º). Em face da natureza das atividades militares, no que concerne às transgressões disciplinares, há uma relativização da presunção da inocência, implicando um tratamento diferenciado, o que é tradicional no direito brasileiro.

### 5.3 Reflexos extraprocessuais da presunção de inocência. O problema da mídia.

A presunção de inocência conforma e orienta todos os poderes públicos e seus agentes, notadamente aqueles envolvidos nas atividades de segurança pública. Os demais setores do poder público, mesmo aqueles desvinculados do sistema penal e de segurança pública, também devem orientar suas atividades de modo a preservar a presunção de inocência, como no caso do Poder legislativo ao editar normas e do Poder executivo nos processos administrativos disciplinares. Porém, por ser escolha constitucional, também os agentes privados estão compelidos a respeitar a presunção de inocência em “todos os seus atos, funções atribuições poderes e deveres”.<sup>195</sup>

Evidente, que o “sujeito passivo por excelência” da presunção de inocência é o Estado<sup>196</sup>, porquanto, são os agentes estatais a estabelecer medidas de privação ou de restrição de direitos, logo, são os principais destinatários do comando constitucional. Não obstante, há de se rememorar que a presunção de inocência inclui uma necessária regra de *tratamento* que deve ser respeitado pela mídia impressa, falada e televisada na sua tarefa de informar à sociedade.<sup>197</sup>

Atualmente, é bastante comum o público ser conduzido pela mídia eletrônica a julgamentos, inclusive com advogados na função de comentaristas, psicólogos e toda uma

<sup>194</sup> BATISTI. Obra citada, p. 124.

<sup>195</sup> ZANOIDE. Presunção. Obra citada, p. 351.

<sup>196</sup> MENDES *et al.* Hermenêutica. Obra citada, p. 169.

<sup>197</sup> Como recorda BRANCO: “A percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas favoreceu a percepção de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação em toda a ordem jurídica, inclusive no setor do direito privado” (MENDES *et al.* Hermenêutica, p. 170).

gama de peritos profissionais que, em regra, atuam em processos criminais formais. Há, sem dúvida, um aumento do espaço dedicado à divulgação sobre a criminalidade nos jornais,<sup>198</sup> principalmente, sobre a criminalidade violenta. Isso ocorre porque a notícia-espetáculo configura certamente uma mercadoria lucrativa para as empresas de comunicação que, para o bem ou para o mal, regem-se pelas regras do mercado.<sup>199</sup>

Certo que a Constituição Federal de 88 assegura a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), sendo proibido ainda qualquer tipo de censura (art. 220, § 2º), mas evidente que tais garantias devem harmonizar-se com as garantias individuais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) sem marginalizar a dignidade da pessoa, fundamento de nossa república (art. 1º, III).

Em razão disso, a difusão de notícias, imagens e qualquer informação sobre fatos e pessoas envolvidas em uma investigação ou processo criminal deve ser realizada com o maior comedimento, de preferência sem os comentários desvairados de pseudojornalista-justiceiros, de entrevistas de testemunhas (que podem ser induzidas pelas perguntas do repórter) e sem a dramatização da notícia como é rotineiramente feito, principalmente pelos jornais televisivos (com músicas de fundo, cortes, edições e recursos de *zoom* sempre que um entrevistado ameaça chorar diante das câmeras). Como já se afirmou, essas praticas “representam intromissão indevida na própria atividade jurisdicional”.<sup>200</sup>

Como ressalta Vieira:<sup>201</sup>

O princípio da presunção de inocência, como norma basilar do processo penal, não exclui a liberdade de informar dos meios de comunicação, mas exige destes cautela e reserva na divulgação dos atos judiciais. As notícias de um crime atribuído a uma pessoa devem ser verdadeiras e possuir um conteúdo e uma forma de advertir o público de que a pessoa acusada ainda não foi considerada culpada.

<sup>198</sup> Nilo Batista, analisando as notícias de um grande periódico carioca, nos cadernos nacional e local, concluiu que nada menos do que 80% das notícias referiam-se direta ou indiretamente a questões criminais. In *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Série Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 14/15.

<sup>199</sup> 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 de Mestrado na Universidade Federal do Paraná, 2011, p. 118.

<sup>200</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 42, p. 33, abril de 1994. Como lembra este autor: “Nos ordenamentos da ‘Common Law’ é severamente reprimida como ‘Contempt of Court’ qualquer manifestação que possa criar na opinião pública uma impressão de culpabilidade de uma parte envolvida em processo judicial, usurpando assim as funções próprias do Judiciário”. Neste sentido, num editorial de 5 de julho de 2011, o jornal britânico The Guardian manifesta sua preocupação com a indevida influência da cobertura realizada pela mídia em relação aos crimes graves, recordando que, na Inglaterra, o “Contempt of Court Act” de 1981 estabelece uma “estrita responsabilidade” dos órgãos de imprensa limitando a divulgação de processos criminais, impedindo, inclusive, os advogados das partes de concederem entrevistas a respeito dos fatos em julgamento. Disponível em <<http://www.guardian.co.uk/law/2011/jul/05/contempt-court-rules-trial-media>> acesso em 21 de outubro de 2012.

<sup>201</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 173.

A exposição degradante de suspeitos presos e algemados, apresentados como verdadeiros troféus a coroar o “bom trabalho” policial traduz de forma clara a ofensa à presunção da inocência e à dignidade da pessoa humana, incentivando linchamentos públicos desnecessários (e muitas vezes injustos). Contudo, tal prática parece não encontrar resistência e continua rotineira na programação jornalística.<sup>202</sup>

O problema é ainda mais explícito quando os fatos envolvem crimes dolosos contra a vida que devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, composto por pessoas extraídas da sociedade e que podem sofrer a indevida influência das reportagens.

#### 5.4 Considerações.

A presunção de inocência alcança, indistintamente, qualquer pessoa que vier a ser processada no Brasil, seja em matéria penal ou extrapenal, quando houver possibilidade de aplicação de algum tipo de sanção de direito público ou aplicação de medida análoga, como, por exemplo, medida socioeducativa para adolescentes e medidas de segurança para os inimputáveis. Esse alcance decorre de uma interpretação direta do dispositivo constitucional, ou ainda pela internalização das normas internacionais, como no caso da Convenção sobre processo contra crianças.

Também nos procedimentos administrativos a garantia constitucional efetiva-se, aplicando-se às pessoas submetidas a processos criminais ou procedimentos administrativos disciplinares, de forma a evitar punições iníquas ou abusivas, em juízos desprovidos de base probatória ou com base em provas obtidas de forma indevida. Porém a presunção de inocência não irradia efeitos aos procedimentos administrativo-militares que impõem sanções disciplinares nem se aplica plenamente em casos de inelegibilidade eleitoral, como recentemente deliberado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a garantia destina-se aos agentes estatais e, como visto, também aos privados, incluindo a imprensa e os órgãos de mídia, tornando necessária uma mudança de postura em relação à divulgação de informações e imagens sobre fatos e pessoas submetidas à investigação ou processo criminal que, atualmente, são expostas de forma aviltante antecipando juízos condenatórios, usurpando, enfim, o legítimo exercício do poder jurisdicional.

---

<sup>202</sup> Sobre o sensacionalismo e manipulação da mídia a vilipendiar a regra de tratamento da presunção de inocência: Marcus Alan de Melo Gomes. **Mídia, poder e delinquência**, São Paulo: Boletim do IBCCrim, ano 20, n. 238, Set de 2012, p. 4. Sobre o conflito entre o direito de informar e o direito à intimidade do investigado: Rodrigo Mansour Magalhães Vieira. **A publicidade e suas limitações: A tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**, Tese de Mestrado, USP, 2010.

## CAPÍTULO 6

## 6 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PROCESSO PENAL

No processo penal, segundo consenso doutrinário e jurisprudencial, a presunção de inocência apresenta um duplo papel, como regra de juízo, a exigir que toda a condenação criminal se faça com fundamento em prova incriminatória legítima onde as dúvidas sejam dirimidas em favor do imputado (*in dubio pro reo*) e como regra de tratamento a excepcionar as medidas que violem a condição de inocente (*favor libertatis*).<sup>203</sup>

Esse duplo papel determina a necessidade da comprovação dos fatos pelo órgão acusador, não cabendo ao imputado comprovar sua inocência, estabelecida *a priori* e determina a valoração da dúvida em prol do réu, devendo ser tratado como inocente e, por consequência, não ter contra si adotada qualquer medida excepcional ou vexatória.<sup>204</sup>

Não obstante, todos os doutrinadores sem exceção e também os Tribunais pátrios proclamam que “a presunção de inocência não impede a prisão cautelar nem medidas tendentes a garantir o resultado do processo”<sup>205</sup>, desde que “calcadas em ordem escrita fundamentada de órgão jurisdicional competente”<sup>206</sup>, baseados em critérios de “proporcionalidade e de uma justificada necessidade cautelar”<sup>207</sup> ou mesmo “conveniência” processual.<sup>208</sup>

Não difere o posicionamento de Scarance Fernandes:<sup>209</sup>

Surgiram duas orientações principais sobre a extensão desse princípio. Uma, mais restritiva, vincula-o exclusivamente ao ônus *probandi*, entendendo-se que, por ostentar o réu em virtude do princípio enfocado o *status* de inocente até decisão final, impõe-se ao Ministério Público, ou querelante, o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa. Em outras palavras, não é o réu que deve demonstrar sua inocência, mas o Ministério Público é que deve provar a sua culpa. Por outra orientação, além de se referir ao ônus de provar, o princípio também consagra regra fundamental sobre a prisão cautelar. Se a Constituição só permite ser o réu considerado culpado após a sentença condenatória transitada em julgado, a prisão-pena não pode ocorrer antes de afirmada definitivamente a sua culpa, o que representaria indevida antecipação penal. Só se justificaria a prisão durante o processo quando tivesse natureza cautelar, ou seja, quando fosse necessário em face de circunstâncias concretas da causa.

<sup>203</sup> GOMES. Direito de apelar em liberdade. Obra citada, p. 41.

<sup>204</sup> STUCCHI, Patrícia. **O enfoque constitucional da decisão de pronúncia in Processo Penal e Garantias Constitucionais**, Marco Antônio Marques da Silva (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 556.

<sup>205</sup> GOMES. Direito de apelar em liberdade. Obra citada, p. 42.

<sup>206</sup> TUCCI. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. Obra citada, p. 330.

<sup>207</sup> BENTO. Presunção de inocência. Obra citada, p. 157.

<sup>208</sup> JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 32.

<sup>209</sup> FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 3ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 322/323.

Por essa razão, é usual na doutrina a afirmação de que a presunção de inocência é uma “presunção relativa” (*juris tantum*)<sup>210</sup>, ou seja: “(a presunção de inocência) não é um valor absoluto, mas sim um princípio que terá de se conjugar com outros valores constitucionais, também relacionados com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como por exemplo, o da liberdade e da segurança, inscritos, entre nós, no art. 27, da CRP”.<sup>211</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal afirmou que a presunção constitucional de inocência se trata de uma presunção *juris tantum* e assim deve ser, como alertado em capítulo anterior, sob pena de se inviabilizar a própria investigação criminal.<sup>212</sup> Fora de dúvida, portanto, que a presunção da inocência não impede as medidas cautelares pessoais ou reais, quando necessárias à boa aplicação da justiça.

No contexto do presente capítulo, focaremos a análise da relação entre o princípio da inocência, o direito ao recurso e a (in)eficiência da sentença penal condenatória no direito pátrio.

### **6.1 A presunção de inocência e a efetividade da sentença penal condenatória. Confrontando problemas.**

A sentença é o ato pelo qual o juiz resolve o processo, acolhendo ou desacolhendo a pretensão colocada. Cuida-se de um trabalho eminentemente intelectual, mas também um ato de vontade, transmutando a ordem, genérica, abstrata e hipotética da lei em ordem concreta.<sup>213</sup>

Como todo ato público, a sentença criminal deve cumprir uma série de formalidades no que toca à sua criação, constituição e comunicação, sob pena de ser considerada inválida. Há uma regulamentação rígida acerca disso, no Código de Processo Penal, entre os artigos 381 e 392.

Através da análise probatória, o juiz fará a aplicação subsuntiva das normas indicadas pelas partes, resolvendo sobre a imputação da existência do fato (materialidade), a imputação da autoria desse fato e o juízo de adequação ou valoração jurídico-penal da conduta.<sup>214</sup> Por fim, determinando a condenação, cabe ao juiz aplicar a pena prevista em lei, não se descurando nunca que em caso de imputações plúrimas, nos casos de concurso de crime, deverá analisar as circunstâncias judiciais, legais e, eventuais, causas de aumento e

<sup>210</sup> GOMES, Luiz Flávio e MAZZIOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica in Coleção Ciências Criminais*; Vol. 4, Coord. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha.

<sup>211</sup> VILLELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 93.

<sup>212</sup> RE 565519/DF.

<sup>213</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 4. vol, Obra citada, p. 255.

<sup>214</sup> PACELLI. Obra citada, p. 504.

diminuição em cada um dos delitos concorrentes. Por conseguinte, a sentença, muitas vezes, é ato processual complexo, no sentido de solucionar uma vasta gama de imputações e suas questões jurídicas correlatas.

Durante toda a elaboração da sentença, o julgador é condicionado pela presunção de inocência, assim, durante a formação da convicção pela análise do conjunto probatório até a conclusão da dosimetria da pena, em caso de condenação, “o estágio da dúvida, em momento, algum, poderá ter qualquer repercussão negativa sobre a situação jurídica do réu ou do investigado”.<sup>215</sup>

Obviamente, para condenar o réu, o juiz não poderá adotar a fórmula literal adotada em nossa Constituição, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por contrariar, o referido enunciado, “a lógica mais elementar”, pois, como já referido, sentença condenatória com trânsito em julgado pressupõe condenação sem trânsito em julgado que só pode ocorrer quando mais que presumir o juiz tiver certeza da culpa do réu, portanto, evidente que em algum momento anterior ao trânsito em julgado da condenação, o réu deverá ser presumido culpado.<sup>216</sup>

Em nosso ordenamento constitucional a presunção de inocência ampara o tratamento de inocente até o trânsito em julgado, fazendo emergir um debate doutrinário sobre o valor jurídico da sentença sujeita a recurso. A sentença penal absolutória possui eficácia plena e imediata (art. 387, p.u., I e II e art. 596, CPP), decorrente de a inocência ser considerada um estado normal e preexistente do indivíduo acusado.<sup>217</sup> Por outro lado, a culpabilidade do imputado precisa ser construída durante o processo e, diante das graves consequências advindas de seu reconhecimento, existe maior preocupação quanto à efetivação dos comandos dispositivos da sentença condenatória.

## **6.2 Natureza jurídica da sentença penal condenatória submetida a recurso. Análise e questionamentos.**

Sobre a natureza e o valor jurídico da sentença condenatória sujeita a recurso vicejam as mesmas dúvidas apontadas em relação à sentença cível nessa situação.

<sup>215</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisão Provisória** (série Escritos Sobre a Liberdade, Vol. 6), Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 7.

<sup>216</sup> BATISTA, Weber Martins. **O princípio constitucional de inocência: Recurso em liberdade, antecedentes do réu**. Revista Forense Comemorativa – 100 anos – Tomo VII, 2004, p. 633/649.

<sup>217</sup> OLMEDO esclarece sobre o estado preexistente de inocência: “Para uma mejor comprensión del significado y alcance de la ley procesal penal, nos parece adecuado comenzar el análisis partiendo del acto jurisdiccional por excelencia: la sentencia penal. Con respecto a quien soporta la imputación, este acto jurisdiccional confirma un estado preexistente o da vida a un nuevo estado. Por la sentencia penal debe necesariamente decidirse entre esta alternativa: o se reconoce el estado de inocencia del cual viene gozando el acusado, o se constitui para éste un nuevo estado, cuyo contenido es de culpabilidad o de merecimiento de pena. El primero significa liberación del proceso, el segundo se materializará en la ejecución forzada” (OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Tratado de Derecho Proceso Penal**, Buenos Aires: Ediar S. A. Editores, 1960, p. 113.).

J. Colombo resumiu o panorama da doutrina sobre o tema:<sup>218</sup>

Em relação à sentença submetida a recurso, Mortara a considera ato submetido a condição resolutiva; Calamandrei e Vassali esposam a opinião de que se trata de ato sujeito a condição suspensiva; nela vê Hugo Rocco um ato perfeito com força probatória própria; para Carnelutti trata-se de ato imperativo, embora não imutável.

Chiovenda<sup>219</sup> e Marques<sup>220</sup> afirmam ser, a sentença de primeira instância, “mera possibilidade de sentença, mera situação jurídica”. Marques complementa:<sup>221</sup>

Os resultados dessa situação jurídica dependem dos efeitos que o recurso for recebido. De modo geral, são os recursos recebidos com efeitos suspensivos e por isso a imperatividade da decisão tem raio de ação muito estreito e restrito. Quando porém o recebimento do recurso é apenas de caráter devolutivo, a decisão produz efeitos regulares, é um ato imperativo, enfim, que só será substituído quando outra decisão for pronunciada no juízo *ad quem*.

Pontes de Miranda, por sua vez, teorizava:<sup>222</sup>

A sentença de que cabe recurso e de que ainda pode ser interposto, apenas constitui apresentação da prestação jurisdicional e não, entrega. Essa só ocorre quando não cabe ou não mais cabe recurso ou quando já não cabe, ou a lei não o dá, de decisão que a confirmou ou reformou. A entrega, portanto, da prestação jurisdicional somente ocorre na última decisão.

Há de se considerar, porém, que, proferida a sentença penal condenatória, ela passa a integrar o mundo jurídico, cria-se através dessa escoteira manifestação judicial, a possibilidade, não se pode esgueirar-se dela, ela existe, pronta para emanar efeitos. Por essa razão, Liebman, ao dissertar sobre a sentença e a sua natureza diante da possibilidade de reavaliação por recurso, expunha:<sup>223</sup>

Por certo o juiz, ao decidir, pode cometer erros, e é esta uma hipótese que a lei prevê e considera, estabelecendo uma série de garantias e de remédios para evitar e reparar os erros; mas até que não se lhe demonstre a contrariedade com o direito, deve a sentença reconhecer-se como aplicação válida do poder jurisdicional.

Exatamente, por isso, por essa “aplicação válida do poder jurisdicional”, enquanto não alterada em outras instâncias, a sentença deve ser considerada ato imperativo, ato estatal lídimo, presumidamente válido e pronta para surtir efeitos. E mais isso é correto quando a sobredita decisão é submetida a escrutínio na segunda instância e recebe aprovação de um

<sup>218</sup> CARLOS J. COLOMBO, *Natureza jurídica de la sentencia sujeta a recurso*, in Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1947, I, p. 489.

<sup>219</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II, Trad. Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 140.

<sup>220</sup> Elementos. Vol. III. Obra citada, p. 68.

<sup>221</sup> Idem, p. 69.

<sup>222</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*, Rio de Janeiro: Borsó, 1957, p. 203.

<sup>223</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 138.

colegiado de julgadores. Evidentemente que, ao confirmar o veredito inicial, a chancela do Tribunal confere mais peso aos argumentos lançados na peça decisória inicial, reforçando-a como um todo, nos seus argumentos e na força do entendimento inicial.

É evidente, portanto, que, mesmo a sentença proferida em instâncias ordinárias, possui plena possibilidade de surtir efeitos, sendo que alguns efeitos podem se produzir de imediato, enquanto outros se projetam para o futuro, mas pode ser alterada por meios de recursos ou mesmo por ação rescisória (revisão criminal), de impugnação (*habeas corpus*), e sejam esses efeitos afastados.

Pense-se em um processo em que houve decretação da prisão do réu no curso da instrução para assegurar a aplicação futura da lei penal. Após a condenação em primeira instância, o juiz mantém o entendimento de que o encarceramento preventivo mantém-se necessário. A prisão, a partir desse momento, decorre da sentença e não mais da decisão interlocutória anterior. E o mesmo se pode dizer, no caso de um desembargador, a pedido do representante da acusação, no interregno da apreciação de recurso pela segunda instância, determinar a prisão preventiva do réu processado e sentenciado. Também em relação às medidas acautelatórias e acessórias firmadas no curso do processo penal ou ao final da etapa procedimental em primeira instância. O juiz que determinou o sequestro de bens ou de valores, objetivando reparação futura das vítimas, assim também a determinação de encaminhar para destruição as armas de fogo eventualmente apreendidas no crime, quando, periciadas, não mais interessarem ao processo ou a outras investigações (art. 25, Lei n. 10.826/03). Todas essas determinações contidas na sentença produzem efeito imediato, algumas com caráter satisfativo (destruição das armas de fogo, prisão preventiva) e outras que podem ser alteradas futuramente por outro pronunciamento judicial (prisão e sequestro de bens e valores).

O certo é que, em maior ou menor extensão, a depender do provimento, a sentença produz efeitos e tem possibilidade de produzir efeito pleno. Evidente, que todos os efeitos dependem do trânsito em julgado quando inexistir possibilidade de impetração de recursos. Contudo, saliente-se, que mesmo nesses casos, é possível modificar os efeitos da condenação, em razão da prevalência perene do *ius libertatis* individual por revisão criminal ou mesmo *habeas corpus*.

### **6.3 Considerações.**

À guisa de conclusão, a sentença condenatória como ato estatal nasce pronta para surtir efeitos, os quais podem ser objetados por instrumento próprio, sendo que, a depender da

situação jurídica envolvida (réu detido, medidas assecuratórias deferidas etc), seus comandos terão maior ou menor eficácia.

Não se pode afirmar que a sentença proferida após instrução probatória regular em contraditório é mera situação jurídica ou projeto de sentença. Há de se repensar o conceito de sentença. Afinal, como pronunciava Tornaghi, “autoridade desautorada é paradoxo, é contradição”.<sup>224</sup>

Na realidade, o que ocorre em relação à sentença sujeita a recurso é que seus comandos não passam, como afirma segmento da doutrina, a ter validade após o julgamento do recurso: esta é uma visão enviesada do assunto. Julgado o recurso, os efeitos deixam de existir, sendo substituídos pelo comando da nova decisão proferida em superior instância.

Não se pode perder de vista que os recursos são uma forma de provocação dos órgãos judiciais de instância superior para que reexaminem a matéria e não para cancelar ou reprovar o que foi feito anteriormente (não são órgãos correccionais), por isso a decisão adotada em segunda ou terceira instância substitui a decisão anterior, que, por isso, deixa de surtir efeitos, salvo aqueles que tiverem caráter satisfativo (por exemplo, perda de arma, destruição de armas, restituição eventual de bens etc). Os demais efeitos passam a ser determinados pelo julgamento *ad quem*. Em resumo, não é que a sentença anterior tem os efeitos suspensos e depois do julgamento esses efeitos por ela determinados passam a surtir efeitos, mas sim que, eventualmente, o julgamento realizado em recurso adote o mesmo posicionamento da sentença inicial, quando então os efeitos decorrentes desse novo *decisum* surtirão efeitos.

Por isso, honrando as mais devidas vênias aos doutrinadores suprarreferidos, reiteramos que a sentença penal condenatória não pode ser considerada “mera situação jurídica” ou ato sob “condição resolutiva ou suspensiva”. O enfoque dado pela doutrina sobre a natureza jurídica da sentença condenatória não esgota adequadamente o assunto, porquanto, como demonstrado, a sentença condenatória é ato processual legítimo a surtir efeitos de imediato, contudo, obviamente, quando concedido efeito suspensivo ao recurso, fica o comando dispositivo, em maior ou menor extensão, manietado, aguardando posição futura do órgão revisor. Efetuado o julgamento do recurso, não são os efeitos que estavam suspensos que se efetivarão, mas sim os efeitos do acórdão que substituirão os da sentença anterior. Não se pode esquecer que a decisão nesse novo julgamento substitui o julgamento anterior.

Assim preceituado, quando houver julgamento de recurso pelas instâncias superiores, mesmo que a sentença penal condenatória seja confirmada, ela será substituída pelo acórdão

<sup>224</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, 1º Volume, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 28.

do julgamento. Assim, o que passa a valer e ter eficácia é o comando da decisão substitutiva e não a sentença de primeira instância confirmada.<sup>225</sup>

Essa substituição decorre do pressuposto lógico de que não podem subsistir duas decisões sobre o mesmo fato no processo, logo, “o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* necessariamente *substitui* a decisão recorrida, nos limites da impugnação”. A substituição pode dar-se por decisão de teor *diverso* daquele que tenha a inferior (caso de provimento do recurso) ou por decisão de *igual teor* (caso de desprovimento do recurso em que se costuma dizer, de modo inexato, que a decisão anterior foi *confirmada*).<sup>226</sup>

Como ensinava o mestre Frederico Marques:<sup>227</sup>

Na apelação plena, a decisão de segundo grau substituirá a decisão apelada. Donde concluir-se que a decisão do juízo *ad quem*, na apelação, ‘*è l’unica sentenza che decide la causa,*’ ainda que confirme a sentença apelada, pouco importando que o acórdão emanado do juízo de recurso adote iguais fundamentos aos da sentença recorrida”.

Portanto, mesmo o chamado acórdão confirmatório da condenação nada mais é, senão uma decisão colegiada que, negando provimento ao recurso da defesa, afirma a exatidão da decisão condenatória proferida pelo órgão primário que, por isso, deixa de irradiar efeitos, os quais, agora, serão decorrentes do novo julgamento em reexame.

E o mesmo raciocínio aplica-se, *mutatis mutandis*, aos julgamentos realizados pelos Tribunais ordinários, ou seja, o acórdão proferido em segunda instância produz efeitos imediatos, passíveis de serem obstados em maior ou menor extensão por recursos que ostentarem efeito suspensivo e, quando mantido ou reformado tal acórdão, terá seus efeitos substituídos pelo acórdão do órgão julgador com grau superior.

Frente a todo o exposto, os julgamentos em sentenças ou acórdãos submetidos a recursos têm aparentemente os seus efeitos suspensos até o trânsito em julgado, podendo, como visto, em maior ou menor extensão, a depender do caso, surtir efeitos, mas apresentado o recurso, há um impedimento para que a sentença produza todos os efeitos de imediato, pois essa sentença será, inevitavelmente, substituída pelo acórdão superior, sendo que as determinações desse acórdão estarão aptas a produzir efeitos, salvo se houver possibilidade de novo recurso, quando então também poderá haver um impedimento de produção de seus efeitos (e não suspensão).

<sup>225</sup> Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, RT, 2001, p. 990.

<sup>226</sup> Barbosa Moreira, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro. Forense. 2000, p. 128.

<sup>227</sup> *Elementos de Direito Processual Penal*, revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, Vol. IV. 2ª ed., Campinas: Millennium, p. 268.

#### 6.4 O duplo grau de jurisdição e os recursos ordinários e extraordinários.

O direito à interposição de recurso ou direito de recorrer fundamenta-se na necessidade de controle do ato estatal e na irresignação natural do ser humano, autorizando a revisão do julgado por um órgão judicial mais experimentado. Como consequência desse reexame, consagrou-se mundialmente, a denominada garantia do duplo grau de jurisdição, que não é previsto expressamente na Constituição brasileira, mas trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente da Lei Maior, que prevê pluralidade de instâncias e competências originárias e recursais.

Deve-se observar, porém, que o duplo grau de jurisdição se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. O recurso especial para o STJ, e o extraordinário para o STF não se enquadram nessa garantia.<sup>228</sup>

A revisão de um julgamento por outro órgão sustenta-se na busca de resultado mais acertado, almejando a redução de falhas (visto que sua eliminação é utopia) e precavendo os primeiros julgadores sobre a possível censura de seu veredito.<sup>229</sup> O equilíbrio entre a justeza da decisão e a presteza de seu comando é o grande nó górdio a ser desatado.

Como recordam Grinover *et al.*:<sup>230</sup>

Na temática atinente aos recursos, dois são os princípios fundamentais que se defrontam e devem ser conciliados. De um lado, a imposição do *princípio da justiça* leva a pensar que quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça. Do outro lado, a observância do *princípio da certeza jurídica* impõe a brevidade do processo, a exigir que a decisão seja proferida uma vez por todas, sem procrastinações inúteis, no menor tempo possível. A preocupação dos modernos sistemas processuais tem sido a de conciliar os dois princípios, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio, garantindo o duplo grau de jurisdição, sem deixar infinitamente aberta a possibilidade de reexame das decisões.

Em atenção ao duplo grau de jurisdição e seu consectário direito de recorrer, estabelecido na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, “h”), a legislação processual penal brasileira estabeleceu um complexo, para não dizer caótico, sistema de reexame das decisões judiciais. De plano, constata-se que não há uma sistematização dos recursos, ou seja, admitem-se diversas fontes normativas. Assim, a Constituição Federal, os Códigos de Processo Penal e Civil, leis esparsas e os regimentos dos tribunais preveem

<sup>228</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

<sup>229</sup> TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, Vol. 4, Obra citada, p. 314. Lembra o insuperável processualista: “Sabendo os juízes que suas decisões poderão ser reexaminadas, procurarão eles ser mais diligentes, mais estudiosos, tentando fugir do erro e da má-fé. Somente essa circunstância seria suficiente para justificar o recurso. Não houvesse a possibilidade do reexame, os Juízes, muitas e muitas vezes, descuidar-se-iam, decidiriam sem maior meticulosidade, pois estariam seguros de que seu erro, sua displicência, sua má-fé não seriam objeto de censura pelos órgãos superiores. Então seriam eles acomodados e, parafraseando Luís XIV, poderiam dizer: ‘Le juge c’est moi...’.”

<sup>230</sup> Idem, p. 24.

recursos que se sucedem e se complementam, num verdadeiro “emaranhado recursal da *terrae brasilis*”.<sup>231</sup>

No que se refere à sentença penal condenatória, não há exagero em dizer que toda decisão em qualquer instância é passível de reexame a qualquer tempo e momento. Por isso, Pimenta Bueno referido por Marques acerta ao dizer que a decisão condenatória penal nunca fará coisa soberanamente julgada,<sup>232</sup> dito de forma mais simples, decisão (sentença ou acórdão) que condene alguém criminalmente, não faz coisa julgada material, pois nunca se tornará imutável, dado os diversos mecanismos de direito material (indulto, anistia, *abolitio criminis*) e processual (revisão criminal e *habeas corpus*) criados para alterar essa espécie de decisão.<sup>233</sup>

Já quanto a classificação dos recursos existentes no processo penal, um dos critérios permite dividi-los em ordinários e extraordinários, sendo que naqueles prepondera a sucumbência como pressuposto indispensável para sua interposição, enquanto nestes, em regra, exige-se um *plus*, qual seja, que a decisão recorrida contrarie ou negue vigência a dispositivo constitucional (recurso extraordinário) ou à lei federal (recurso especial).<sup>234</sup>

Ainda, a denominação recurso ordinário pode indicar a revisão que tenha por objeto próximo a *proteção de direito subjetivo* do recorrente, enquanto o recurso extraordinário aponta aquele que vise proteger, antes de mais nada, o direito objetivo e apenas mediatamente o direito do recorrente.<sup>235</sup>

Em outros ordenamentos a classificação relaciona-se com a circunstância dos recursos ditos ordinários impedirem o trânsito em julgado da decisão<sup>236</sup>, enquanto os recursos extraordinários pressupõem essa situação.<sup>237</sup> Isso ocorre, por exemplo, na Argentina, em Portugal, na Itália e na Suíça.<sup>238</sup>

Exatamente por isso, Eberhard Schmidt afirma, em relação ao processo penal alemão, que “uma sentença transitada em julgado quando não pode ser objeto de impugnação através de recurso ordinário”.<sup>239</sup>

<sup>231</sup> STRECK, Lênio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editores, 2012, p. 28.

<sup>232</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III**, Campinas: Bookseller, 1997, p. 82.

<sup>233</sup> GRECO FILHO esclarece: “Se a sentença for condenatória, o princípio da revisibilidade perene do erro judiciário admitirá, sempre, o reconhecimento desse erro ou a nulidade do processo que gerou a condenação” (**Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322).

<sup>234</sup> MOSSIN, HERACLITO. **Recursos em Matéria Criminal: Doutrina, Jurisprudência e Modelos de Petição**, Barueri, SP: Manole, 2006, p. 49.

<sup>235</sup> GRINOVER *et al.* Recursos. Obra citada, p. 35.

<sup>236</sup> No Brasil mesmo, como recorda Eduardo ESPINOLA, havia uma diferenciação entre caso ou coisa julgada e sentença “passado em julgado”: “A sentença se diz que passou em julgado, quando pode ser executada, embora seja ainda susceptível de reforma, por virtude de algum recurso: a coisa julgada ou caso julgado só se tem quando nenhum recurso absolutamente, absolutamente nenhum, pode haver que eventualmente, leve a modificá-la” (**A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro comentada**, Vol. I, São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos S/A, 1943, p. 110).

<sup>237</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 125.

<sup>238</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>239</sup> SCHMIDT, E. **Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales del Derecho procesal penal**, Córdoba: Lerner Editora SRL, 2008, p. 157/158. No original: “Una sentencia es formalmente firme cuando no puede ser objeto de impugnaciones con los recursos ordinarios”.

Também Roxin esclarece, em relação à sistemática alemã, que “os meios de impugnação extraordinários são aqueles que suprimem a coisa julgada, como a revisão de procedimento, a reposição ao estado anterior e o recurso (de queixa ou amparo) constitucional”.<sup>240</sup>

Contudo, no Brasil, a incerteza quanto aos conceitos de recursos ordinários e extraordinários no sistema brasileiro tem convencido alguns processualistas da pouca utilidade dessa classificação entre nós.<sup>241</sup>

Entre nós, resumidamente, pode-se dizer que os recursos ordinários seriam os recursos em sentido estrito e a apelação e seus consectários. Nesse sentido, as decisões interlocutórias, em sua maioria, desafiam o chamado recurso em sentido estrito (art. 581, CPP), enquanto as sentenças de cunho definitivo são objetadas pela apelação (art. 593, CPP). Em ambas as situações, possível aclarar ou esclarecer o conteúdo do *decisum*, através dos chamados embargos de declaração (arts. 382, p. u. e 619, CPP). Contra as decisões proferidas nos julgamentos de recuso em sentido estrito e apelação, desde que não-unânicos e apenas para favorecer a defesa, podem ser deflagrados embargos infringentes ou de nulidades (art. 609, p.u., CPP), os quais, por sua vez, quando decididos, podem igualmente ser contestados por embargos de declaração.

Encerrada a questão nas ditas instâncias ordinárias, surge a possibilidade de contestação da decisão reavaliada pelos tribunais superiores, através dos Recursos Especial e Extraordinário. Esses recursos, como afirmado, encontram assento na Constituição Federal de 1988 (arts. 102, III, e 105, III) e regulamentação na legislação ordinária (Lei n. 8.038/90), com complementação nos respectivos regimentos internos.

Desnecessário dizer, que todas as decisões condenatórias proferidas pelos vários órgãos judiciais brasileiros, quando preenchem os requisitos legais, podem ser objeto de recurso excepcional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Julgada a apelação ou o recurso em sentido estrito e seus consectários (embargos infringentes, embargos de declaração) a parte insatisfeita poderá agora se valer dos recursos constitucionais (extraordinário e especial), para a situação apresentada, desde que preenchidos os requisitos legais.

O Recurso Especial e o Extraordinário são chamados de recurso de fundamentação vinculada<sup>242</sup>, eis que suas hipóteses legais se restringem àquelas expostas no art. 102, III,

<sup>240</sup> ROXIN, Processo, Obra citada, p. 446. No original: “medios de impugnación extraordinários son aquellos que sumprimen la cosa juzgada, como la revisión del procedimiento, la reposición del estado anterior y el recurso (queja o amparo) constitucional”.

<sup>241</sup> GRINOVER *et al.* Recursos. Obra citada, p. 36.

<sup>242</sup> TOURINHO FILHO. Processo Penal, Vol. 4, Obra citada, p. 334.

alíneas “a” (“contrariar dispositivo” da Constituição), “b” (“declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”), “c” (“julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”) e “d” (“julgar válida lei local contestada em face de lei federal”) para o extraordinário e art. 105, II, “a” (“contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”; “b” (“julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”, “c” (“der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”) para o especial.

Atualmente, ainda é necessário demonstrar a repercussão geral da questão no Supremo Tribunal Federal consoante disciplinado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, regulamentado pela Lei n. 11.418/06, que alterou o Código de Processo Civil. Em que pese a regulamentação da matéria repousar nesse estatuto processual, o Supremo no julgamento da Questão de Ordem, no Agravo de Instrumento n. 664567/RS definiu que a repercussão geral também se aplica ao Recurso Extraordinário em matéria criminal.

Da mesma forma, a Lei n. 11.672/08 alterou o Código de Processo Civil para prever o Recurso Especial Repetitivo, quando houver uma multiplicidade de recursos com fundamentos em idêntica questão de direito, apenas alguns serão remetidos para o Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais sobrestados nas instâncias ordinárias.

Esses recursos estritos devem ser interpostos conjuntamente, quando a parte recorrente enxergar motivação para ambos os recursos e o juízo inicial de admissibilidade ocorrerá no próprio Tribunal que julgou o recurso ordinário “em única ou última instância”. Caso rejeitada a admissão dos recursos extremos, é cabível interposição de agravo nos próprios autos (art. 544, CPC), sendo que o presidente do Tribunal *a quo* não pode obstar o processamento deste agravo (art. 544, § 2º, CPC), portanto, o agravo (nos próprios autos) subirá, para que a decisão sobre o não recebimento dos recursos especial ou extraordinários seja revista pelo Tribunal *ad quem* (STJ ou STF). Pois bem, aqui se inicia o problema, quando a parte entender que a decisão desafia ambos os recursos (especial e extraordinário) ela deverá apresentá-los conjuntamente, sendo que, se ambos forem rejeitados, deverá, igualmente, insurgindo-se, apresentar dois recursos de agravos (art. 28, Lei n. 8.038/90 e art. 544, § 1º, CPC),<sup>243</sup> mas os autos, inicialmente, serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 27, § 3º, 8.038/90 e art. 543, *caput*, CPC), salvo quando a matéria constitucional for prejudicial ao tema tratado no recurso especial é que será encaminhado o agravo (nos próprios autos) ao Supremo Tribunal Federal (art. 27, § 4º, Lei n. 8.038/90 e art. 543, § 1º) para verificar a

<sup>243</sup> A partir da edição da lei n. 12.322/10, que alterou o Código de Processo Penal, o agravo passa aos próprios autos, os quais seguem para o STF ou para o STJ. Ressalte-se que o prazo para os agravos em matéria criminal é de cinco dias, conforme disposto no artigo 28, da Lei n. 8.038/90, conforme definiu o STF em questão de ordem suscitada no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg no RE) 639846, permanecendo válida a Sumula 699, do STF: “O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei n. 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei n. 8.950/94 ao Código de Processo Civil.

prejudicialidade e se a vislumbrar, analisar o caso, para só então, encaminhar os autos de volta ao STJ. Caso seja admitido o recurso especial, apenas após o seu julgamento e de todos seus consectários é que os autos seguirão finalmente ao Supremo.

Observa-se, porém, que o próprio juízo conhecimento recursal nos Tribunais superiores é complexo, eis que contra a decisão proferida em relação ao agravo de instrumento fará surgir a possibilidade de impetração dos recursos regimentais. Assim, rejeitado o agravo para análise do recuso, caberá agravo regimental para a turma (art. 28, § 5º, Lei n. 8.030/90 e art. 545, CPC), resolvida a questão pela turma, poderão ser apresentados embargos de divergência (art. 29, Lei n. 8.038/90 e art. 546, CPC) e sempre poderá ser apresentado um embargo de declaração quando se entender que a decisão não é suficientemente clara, apresenta ambiguidade ou contradição (art. 263, RISTJ).

Nesse ínterim, convém lembrar, que nossos tribunais aceitam a possibilidade de apresentação de recurso de embargos de declaração contra decisão que analisou anteriormente o mesmo recurso (os chamados embargos dos embargos de declaração) desde que o fundamento seja distinto. Assim, constata-se que o sistema recursal brasileiro só encontra limite na capacidade (ou imaginação) do defensor do recorrente.

Superada a fase no Superior Tribunal de Justiça, referente ao Recurso Especial e seus vários consectários, não havendo possibilidade de outros recursos nesse tribunal, determina-se a baixa dos autos, ou seja, o retorno à instância ordinária (Tribunal de Justiça estadual, Regional Eleitoral ou Federal) que proferiu a decisão no recurso anterior. Assim, a sentença penal condenatória, caso ainda não estiver prescrita a punição, poderá ser executada. No entanto, se a parte tiver interposto conjuntamente o Recurso Extraordinário e o Especial, os autos deverão agora seguir ao Supremo Tribunal Federal para análise do agravo, e todo o tortuoso caminho delineado acima pode ser repetido no Supremo, a possibilidade de agravo regimental com a denegação do agravo (art. 317, RISTF), os embargos de divergência (art. 330, RISTF) e sempre (decisões colegiadas ou monocráticas) os embargos de declaração (art. 337, RISTF) e outros embargos de declaração.

#### **6.5 O trânsito em julgado em xeque. A influência do panorama recursal brasileiro na limitação conceitual do instituto.**

Diante da previsão legal da grande quantidade de recursos vistos acima, é de se questionar se realmente existe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Afinal, entende-se por “trânsito em julgado”, o esgotamento dos recursos contra uma determinada

decisão. Por isso o trânsito em julgado confunde-se com a nominada coisa julgada formal e seu caráter conclusivo ou de inimpugnabilidade.<sup>244</sup> Ocorre que, diante da sistemática recursal brasileira aliada à interpretação atual, admitindo seguidos embargos de declaração e agravos regimentais, existe, como se viu, a possibilidade de protelar infinitamente o trânsito em julgado da decisão questionada para obter a prescrição intercorrente ou executória.

Exemplo recente desse “veio protelatório do final das demandas”,<sup>245</sup> a garantir verdadeira impunidade em casos graves, é o processo do jogador de futebol Edmundo Alves de Souza Neto.

O esportista famoso, que atuou por diversos clubes tradicionais do futebol brasileiro, e era chamado de “Animal” pela torcida, em razão de sua personalidade explosiva envolveu-se num acidente na Zona Sul do Rio em dezembro de 1995. No acidente, morreram três pessoas, uma delas uma jovem de dezesseis anos, e outras três pessoas sofreram lesões corporais.

Pelo acidente, Edmundo foi condenado em primeira instância no dia 5 de março de 1999, quando o juiz da 17ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, baseando-se nos depoimentos das vítimas sobreviventes, na perícia técnica e nas demais provas, entendeu demonstrada a culpa exclusiva do jogador pelo trágico evento e proferiu sentença, condenando-o por homicídio culposo e lesões corporais culposas (art. 121, § 3º, c.c. art. 129, § 6º, na forma do art. 70, todos do CP). A pena privativa de liberdade estipulada foi de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de detenção, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

Apresentada apelação, a Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou, por unanimidade, a condenação, determinando a expedição de mandado de prisão em 5 de outubro de 1999, data da sessão de julgamento, pois, afinal, o entendimento que prevalecia então, era pela execução imediata.

No dia 7 de outubro de 1999, foi impetrado um *habeas corpus* em favor do jogador para “aguardar em liberdade” o julgamento dos recursos (especial e extraordinário) que pretendia aviar. A liminar no *habeas corpus* foi concedida no mesmo dia, a ordem poucos meses depois (HC n. 10.952/RJ).

O acórdão condenatório do TJRJ foi publicado no dia 26 de outubro de 1999, e a defesa interpôs conjuntamente, como determina a lei n. 8.038/90, recurso especial e recurso extraordinário contra a decisão no dia 6 de dezembro de 1999. Os recursos foram rejeitados

<sup>244</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, tradução Gabriela E. Cordoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editora del Puerto SRL, 2000, p. 434.

<sup>245</sup> PEREIRA, Ruy C. Nunes, *As funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no regime federativo (Recursos Extraordinário e Especial)*, in ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 1, jan. 1997, p. 27.

em 29 de maio de 2000. Diante disso, a defesa de Edmundo interpôs agravos de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, o processo foi remetido ao Superior Tribunal de Justiça, quando foi deferido o agravo de instrumento para subida dos autos, os quais chegaram ao Superior Tribunal de Justiça no dia 2 de fevereiro de 2001. Após apresentação de voto e pedido de vista por alguns dos Ministros, entendeu-se que o recurso especial do jogador não merecia sequer ser conhecido. O acórdão com a decisão foi publicado no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2003. Irresignada, a defesa de Edmundo apresentou embargos de declaração, os quais foram rejeitados em sessão realizada no dia 1º de junho de 2004. Contudo o acórdão sobre tal decisão foi publicada depois de um ano, no dia 8 de agosto de 2005, quando, ainda inconformada, a defesa de Edmundo apresentou recurso de embargos de divergência, este também negado. Em seguida, vieram novos embargos de declaração em relação à decisão negativa dos embargos de divergência e, finalmente, agravo regimental nos embargos de declaração. Em sessão do dia 25 de novembro de 2009, foi negado este (então) último recurso, sendo o acórdão publicado no dia 17 de dezembro de 2009. Não houve interposição de nenhum outro recurso e, finalmente, ocorreu o trânsito em julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Isso ocorreu, no dia 17 de fevereiro de 2010. Devolvido o processo ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, havia ainda o agravo de instrumento referente à negativa do recurso extraordinário, sendo o agravo remetido para análise no Excelso Supremo, em 24 de março de 2010. Os autos foram encaminhados “conclusos” para o relator escolhido, Min. Joaquim Barbosa, no dia 26 de abril de 2010. O mesmo ministro, no dia 9 de agosto de 2011, declarou a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente, julgando prejudicado o recurso apresentado.<sup>246</sup>

Em resumo, o sistema recursal brasileiro (Constituição, Código de Processo Penal, Leis, Regimentos) e o Poder Judiciário permitiram que um recurso em que se discutia apenas a aplicação da pena e a possibilidade de eventual suspensão do processo, tramitasse durante quase dez anos no “Tribunal da Cidadania” para decidir se esse recurso (especial) deveria, ou não, ser conhecido. Ao final, dessa verdadeira *via crucis* processual, o recurso sequer foi conhecido. Seria irônico, se não fosse trágico.

Não há como deixar de notar, igualmente, a profusão de recursos (todos indeferidos ou rejeitados) para combater uma mesma decisão. Para ficar apenas nesse caso, foram interpostos pela defesa do jogador embargos de declaração, na sequência embargos de

<sup>246</sup> AI 794.971/RJ. Ainda pendente de julgamento, pois o MPF apresentou agravo regimental em 28/09/2011. Não há acesso ao conteúdo do referido agravo.

divergência, outros embargos de declaração e finalmente agravo regimental. Quando da interposição deste último recurso, já restava inútil, pois prescrita, a condenação e a pena aplicada na sentença proferida no final da década anterior, como decidido (até o momento) pelo STF.

### 6.6 Quebrando tabus. Recursos protelatórios e a posição do Supremo Tribunal Federal.

Essa excessiva interposição de recursos vem sendo notada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual está determinando a baixa dos autos para execução da sentença criminal, independentemente da publicação do acórdão e da interposição de qualquer outro tipo de recurso. Nesse sentido, observem-se os seguintes excertos:<sup>247</sup>

SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO, PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA, NA REALIDADE, A UM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA, CARÁTER INFRINGENTE, INADMISSIBILIDADE, CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO DESTA SUPREMA CORTE, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO, POSSIBILIDADE, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Os embargos de declaração, desde que ausentes os seus requisitos de admissibilidade, não podem ser utilizados com o indevido objetivo de infringir o julgado, sob pena de inaceitável desvio da específica função jurídico-processual para a qual esse tipo recursal se acha instrumentalmente vocacionado. Precedentes. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE DE IMEDIATO CUMPRIMENTO DA DECISÃO EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPP, art. 620), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente. **O propósito revelado pelo embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi inteiramente desfavorável, valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis, constitui fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento e de eventual interposição de novos embargos de declaração ou de qualquer outra espécie recursal.** Precedentes.<sup>248</sup>

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Questões afastadas nos julgamentos anteriores. Não há omissão ou contradição. Precedentes. **Risco de prescrição. Baixa imediata para execução da pena imposta.** Precedentes. 1. O julgamento do agravo regimental enfrentou adequadamente as questões postas pela parte embargante. Inexiste, portanto, qualquer dos vícios do art. 337 do RISTF. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a contradição que autoriza opor o recurso declaratório deve ser interna à decisão, verificada entre os fundamentos do julgado e a sua conclusão, o que não ocorreu no caso em tela. 3. Embargos de declaração rejeitados. 4. **Considerando que a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal está próxima,**

<sup>247</sup> Ruy Pereira narra interessante exemplo em que um recurso claramente protelatório foi (bem) utilizado. A parte interpôs apenas recurso especial contra o acórdão de tribunal estadual, o qual foi recebido e julgado pelo STJ que não lhe concedeu provimento. Após o julgamento, a parte vencida interpôs recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, o que é incabível. O RE foi, evidentemente, rejeitado, mas foi interposto agravo de instrumento para o STF e, segundo a sistemática vigente o presidente do Tribunal (STJ incluído) não poderia negar seguimento ao recurso (para não violar a competência do STF), e os autos foram encaminhados ao STF e a decisão não passou em julgado, ficando por mais de dois anos aguardando julgamento na corte suprema. In *As funções do Supremo Tribunal Federal*. Artigo citado, p. 27.

<sup>248</sup> AI 522.065 AgR- ED-ED/ GO (destacamos).

**independentemente da publicação do acórdão, devem ser baixados os autos ao Juízo de origem de imediato, para o cumprimento da pena imposta.**<sup>249</sup>

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Questões afastadas nos julgamentos anteriores. Não há omissão ou contradição [...]. Embargos de declaração rejeitados. **Considerando que a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal está próxima, independentemente do trânsito em julgado desta decisão, devem ser baixados os autos ao Juízo de origem de imediato, para o cumprimento da pena imposta.**<sup>250</sup>

Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Recurso extraordinário contra acórdão do Supremo Tribunal Federal. Consumação do Trânsito em julgado. Jurisdição desta Corte encerrada no presente feito. **Recurso manifestamente protelatório. Circunstância que autoriza o imediato cumprimento da decisão proferida por esta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão.** Precedentes. Regimental a que se nega provimento. Baixa imediata para execução da pena imposta.<sup>251</sup>

No famoso caso do jornalista Pimenta Neves, réu confesso do homicídio de sua namorada e que só começou a cumprir pena onze anos após o crime, o Supremo Tribunal Federal utilizou desse mesmo expediente, determinando “a imediata execução da condenação penal imposta, observados os arts. 106 e seguintes da Lei de Execução Penal”,<sup>252</sup> independentemente da publicação do acórdão.<sup>253</sup>

Em diversas outras oportunidades quando divisava a utilização abusiva dos recursos, o Supremo Tribunal Federal determinou “a imediata execução do julgado”.<sup>254</sup> Há casos surreais em que se registra a interposição de quatro, cinco, seis recursos seguidos originados de uma mesma decisão. Todos esses recursos sempre rejeitados.<sup>255</sup>

Diante desse quadro, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, em muitos julgados, desconsiderou o trânsito em julgado e permitiu a execução da sentença penal condenatória independentemente, inclusive, da publicação do acórdão.

Essas decisões autorizam a seguinte conclusão: segundo o STF, a ocorrência do “trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF/88), a depender da situação, não proíbe em absoluto a execução da sentença condenatória criminal.

### **6.7 Conexão objetiva e subjetiva reflexos no trânsito em julgado. Algumas considerações e ideias.**

<sup>249</sup> AI 843289 AgR-ED / PB (destacamos).

<sup>250</sup> RE 628582 AgR-ED / RS (destacamos).

<sup>251</sup> AI 728267 AgR-AgR / RS (destacamos).

<sup>252</sup> AI 795.677 AgR/ SP

<sup>253</sup> De forma mais tímida, o STJ também vem adotando o mesmo entendimento. “Embargos não conhecidos, com a determinação de imediata execução da sentença condenatória, independente da publicação desse acórdão ou de eventual interposição de qualquer recurso, devendo ser certificado o seu trânsito em julgado”. (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 3.377/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013).

<sup>254</sup> Podem ser ainda citados os seguintes julgados: AI 177.313-AgR-ED-ED/MG, Celso de Mello; AI 260.266-AgR-ED-ED/PB, Sepulveda Pertence; RE 167.787-ED-EDv-AgR-ED/RR, Neri da Silveira; RE 190.841-ED-ED-ED/MT, Ilmar Galvão; RE 465383 AgR-AgR-EDv-ED / ES; RE 202.097-ED ED ED AgR EDv ED/SP, Celso de Mello.

<sup>255</sup> RE n. 202.097 ED-EDv-AgR-ED-ED-ED/SP, Relator Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

Pensamos adequado aprofundar a questão relacionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, eis que instituto sem definição legal. Atualmente, é acatado pela doutrina, sem divergência, que o trânsito em julgado de uma decisão equivale à coisa julgada formal, ou impossibilidade de discussão da causa por qualquer mecanismo intrínseco à ação analisada, ou seja, recurso. Assim sendo, o trânsito em julgado confunde-se com a coisa julgada formal.

Inicialmente, precisa-se estabelecer que a coisa julgada em matéria penal não possui um sentido unívoco, comportando variações de sentido e de amplitude. Assim, a coisa julgada, ou trânsito em julgado, quando em um processo compartilhamento ou conexão de questões (vários fatos criminosos, conexões ou vários sujeitos praticando o delito em concurso de pessoas), admite-se a coisa julgada parcial. Em razão disso, a irrevogabilidade, pressuposto da coisa julgada, nem sempre será atingida concomitantemente. O trânsito julgado não necessariamente compreenderá de maneira uniforme todo o conteúdo do julgamento. A “intangibilidade do caso julgado”<sup>256</sup> poderá atingir apenas uma parcela do causa, abrangendo um dos temas tratados no julgamento e não outro. Poderá atingir um dos réus e o outro não. Isso ocorrerá em casos conexos julgados num mesmo processo quando a parte vencida pedir a anulação ou reforma apenas de parte da decisão.<sup>257</sup> Por exemplo, a parte pode apelar somente questionando a pena aplicada na sentença condenatória sem questionar a culpabilidade. Nesses casos, em relação ao tema não questionado na sentença, ocorrerá a coisa julgada parcial.<sup>258</sup>

Ressalte-se, haveria trânsito em julgado (ou coisa julgada) no ponto não questionado no recurso. Por exemplo: em casos de concurso de crimes, caso o réu, condenado por dois delitos em concurso material, questione apenas a condenação por um dos crimes imputados, parece insuspeito em relação ao outro seu trânsito em julgado. Da mesma forma, quando o réu condenado insurge-se somente em relação à agravante, ou à fração da causa de aumento. A pena-base fixada no *decisum* restou consolidada. O mesmo vale ainda para casos de condenação à pena pecuniária (multa) e de prisão, caso o questionamento dirija-se apenas ao valor estipulado na multa, ou vice-versa. De igual maneira, quando apenas a acusação apresenta recurso para agravar a pena ou reconhecer algum delito não reconhecido.

<sup>256</sup> RANGEL, Paulo. *Coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

<sup>257</sup> TOURINHO FILHO, Processo. Vol. 4. Obra citada, p. 312.

<sup>258</sup> SCHMITD, E. Obra citada, p. 159.

O mesmo vale para os processos com vários réus condenados quando apenas um ou alguns deles um deles apresentam recurso. Em relação àquele que não interpõe recurso, a sentença é passível de execução, pois transitou em julgado.<sup>259</sup>

Necessário esclarecer que eventual recurso da acusação ou do réu sobre apenas um ponto da decisão não pode ensejar uma *reformatio in melius* em relação ao tema não questionado.

É certo que o art. 617, do Código de Processo Penal veda apenas a *reformatio in pejus* em recursos exclusivos da defesa. Porém não é possível, por uma interpretação *contrario sensu*, estabelecer a possibilidade de reforma para favorecer o réu quando ele recorrer sobre outro ponto ou quando a acusação for a única a recorrer.

Isso não é possível, pois em matéria de recurso ordinário, há vinculação ao requerimento da parte (art. 574, *caput*, CPP), em consequência do princípio dispositivo, a limitar o efeito devolutivo, o qual, por sua vez, relaciona-se com o princípio da inércia jurisdicional, ou *ne procedat ex officio*. Como se sabe desde antanho, atividade jurisdicional espontânea (por mais bem-intencionada que seja) fere os princípios constitucionais mais comezinhos.<sup>260</sup>

E nossa Corte Constitucional consagra, há tempos, essa impossibilidade:

**PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO DE RÉU QUE NÃO APELOU. “REFORMATIO IN MELLIUS”. IMPOSSIBILIDADE. ART. 574 DO CPP.** *Incabível que o Tribunal de Justiça, julgando apelação do MP para majoração das penas cominadas aos dois réus processados, só um dos quais também apelou, dê provimento àquela primeira apelação para exasperar a pena do acusado que igualmente apelara e absolva exatamente o acusado que se manteve silente. A impossibilidade da “reformatio in melius” decorre do sistema do nosso CPP (arts. 574, 577 e 579) e em atenção ao princípio “tantum devolutum quantum apelatum” Divergência jurisprudencial. Recurso extraordinário de que se reconhece, ao fundamento das letras “a” e “d” do permissivo constitucional e a que se dá provimento para tornar sem efeito a absolvição concedida ao réu BERALDINO PEREIRA DA ROCHA, pelo acórdão recorrido” (Recr. 95.877-1 - SP - 2ª Turma - Min. ALDIR PASSARINHO - DJU 111:9259, 08.06.84)*

As posições doutrinárias e favoráveis à possibilidade de *reformatio in melius* nos parecem partir da premissa equivocada de que “o duplo grau de jurisdição colima precipuamente corrigir eventuais erros verificados no julgado submetido ao procedimento

<sup>259</sup> Apesar da legislação brasileira não possuir determinação neste sentido, não se enxerga ilegalidade nessa providência, pois, afinal, ocorreu trânsito em julgado da sentença para o réu conformado, consoante o art. 105, da LEP. Acentue-se que a legislação espanhola prevê expressamente essa situação no art. 861 bis “b” de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, en cuanto a los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 903”. Este último preceito (art. 903) trata do chamado “efeito extensivo” do recurso.

<sup>260</sup> MIRABETE. Obra citada, p. 714.

recursal”, tornando-se questão de ordem pública autorizando a dita correção mesmo que o órgão julgador não tenha sido provocado para isso.<sup>261</sup>

O mecanismo construído, por mais bem-intencionado que pareça, é ilegítimo e claramente desnecessário, pois, casos de falha ou nulidade patente no julgamento acarretam constrangimento ilegal, logo, o Tribunal pode, excepcionalmente, em salvaguarda ao *ius libertatis*, conceder ordem de *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, CPP), sem ferir a sistemática processual. Julgar sem provocação é exercer jurisdição sem ação.

Por consequência, o recurso combatendo apenas parte do pedido faz concretizar a sentença no ponto em que não existe discussão, logo, neste ponto, a sentença projeta eficácia jurídica independente da completa passagem em julgado da sentença. Confere-se, por isso, “às partes o poder de invocar a existência da sentença efetiva, para que lhe dê o juiz o devido valor à questão ali concretizada”.<sup>262</sup>

#### **6.8 Trânsito em julgado da decisão sujeita a recurso extraordinário e especial. Especulação hermenêutica.**

Em sede de recurso especial e extraordinário, não há como desaperceber que tais se restringem à manutenção da interpretação da legislação federal e hegemonia do texto constitucional, respectivamente, sem referência diretamente ao interesse das partes, eis que se trata de recurso que, como se disse, apenas remotamente atinge o direito da parte recorrente.

Por ostentarem natureza especialíssima, destinados que são a “tutelar o direito objetivo da União e, sobretudo, os textos constitucionais”, visando garantir a autoridade e unidade da Constituição e das leis federais, preservando, conforme formulação de Pontes de Miranda, sua inteireza positiva, validade, autoridade e uniformidade de interpretação, essa espécie de recurso apenas “remota e indiretamente presta-se à tutela do direito subjetivo do litigante ou do interessado, cuja proteção imediata deve resultar da utilização dos recursos ordinários, hábeis à realização do duplo grau de jurisdição”.<sup>263</sup>

São recursos que estão à disposição das partes, mas que não “são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido”,<sup>264</sup> objetivando, na realidade, a tutela do próprio direito federal e se prestam apenas ao reexame de questões de direito, excluída a matéria de fato, cabíveis em hipóteses taxativamente definidas na Constituição Federal.<sup>265</sup>

<sup>261</sup> MOSSIN. Obra citada, p. 115.

<sup>262</sup> LIEBMAN. Eficácia: Obra citada, p. 55.

<sup>263</sup> TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 114.

<sup>264</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**, 6 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.

<sup>265</sup> GRINOVER *et al.* Recursos. Obra citada, p. 265.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não são instâncias de revisão, e o indicativo claro disso é que os arts. 102, III e 105, III, só admitem recursos extremos na “causa decidida em única ou última instância”, com o prévio esgotamento das vias recursais ordinárias<sup>266</sup>, ou seja, o recurso especial e extraordinário pressupõe que haja decisão definitiva da justiça local.<sup>267</sup>

Como ressalta Tourinho Filho:<sup>268</sup>

Insta acentuar que o fato de termos os recursos extraordinário e especial, segundo dispõem os arts. 102, III, e art. 105, III, ambos da CF, não significa que tenhamos um triplo grau de jurisdição, mesmo porque o STF e o STJ não examinam, nesses recursos, matéria fática. Limitam-se a constatar se a Constituição foi desautorada ou se a Lei Federal foi desrespeitada. Só.

Exatamente por não ser o direito subjetivo do recorrente a finalidade do recurso especial e extraordinário, mas sim o direito objetivo – questão federal ou constitucional –, que não é possível reavaliar as provas produzidas (a matéria fática), pelo contrário, é totalmente desnecessário e inoportuno o reexame da matéria fática nesses recursos, como deixa claro a súmula 279, do STF e a súmula 7, do STJ.<sup>269</sup>

Em razão disso, é possível concluir que à matéria fática cristaliza-se no julgado proferido pelas instâncias ordinárias, logo, incabível qualquer recurso em relação a essa temática, obrigatoriamente, já “decidida em última instância” (art. 102, III e 105, III, CF), ou seja, “ação julgada extinta com ou sem julgamento do mérito, *ordinariamente* revista por Tribunal”.<sup>270</sup>

Carmem Luiza Dias de Azambuja, em extenso trabalho sobre o controle judicial difuso de constitucionalidade, assevera que:<sup>271</sup>

Após a conclusão, as questões de fato deixam de integrar o raciocínio lógico que forjou o dispositivo da sentença. Elas passam a ser presumidas, podendo ter sido argumento do caso ou omitidos pela parte. O raciocínio decisório preocupa-se com as questões de direito, pela generalidade da lei e da sua aplicação a todos na visão mais próxima à clássica do legalismo e da igualdade formal das partes. Estas, ainda, são pertinentes a todos que estejam na mesma situação jurídica.

A mesma autora, ao se referir ao objeto do processo do controle difuso no Brasil, citando Joseph Raz, completa:<sup>272</sup>

<sup>266</sup> MANCUSO, obra citada, p. 91.

<sup>267</sup> NORONHA, E. Magalhães Noronha. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 522.

<sup>268</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, Vol. IV, 31ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 78.

<sup>269</sup> Súmula 279, do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Súmula 7, do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

<sup>270</sup> MANCUSO, obra citada, p. 140.

<sup>271</sup> *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 590.

<sup>272</sup> Idem, p. 593/594.

Nesta tensão de pretensões individuais e coletivas frente aos ordenamentos jurídicos, opera-se a relativização dos interesses privados em discussão, em face do institucional e dos direitos fundamentais inseridos na Constituição, denominados hierarquização de valores pelos critérios da racionalidade ou proporcionalidade frente ao caso concreto. Os valores constitucionais agem como mote nessa inter-relação e integração de interesses e de valores.

Por abordar apenas questões jurídicas, com hipóteses legais pré-determinadas, poder-se-ia sustentar o trânsito em julgado da matéria fática contida no *decisum*, ou trânsito em julgado parcial da decisão submetida a recurso especial ou extraordinário.

Diante dessa questão, ganha relevo o argumento utilizado pela então Min. Ellen Gracie no julgamento do HC n. 84.078/MG. Dizia sua excelência que, após o julgamento das instâncias ordinárias, em razão do impeditivo legal de reexame de matéria fática, não se aplicava a parêmia *in dubio pro reo* (e a própria presunção de inocência), pois, afinal, obstada qualquer análise de provas no recurso extremo.

Essa análise vai de encontro ao pensamento de Jorge Figueiredo Dias, citado por Varalda, “A Constituição portuguesa consagra o princípio da presunção de inocência enquanto regra probatória aliado ao princípio do *in dubio pro reo*. Porém, o princípio *in dubio pro reo* é inaplicável em caso de dúvida sobre o sentido da norma (cabendo apenas responder a dúvida sobre o fato)”.<sup>273</sup>

### **6.9 O Recurso especial e extraordinário, a vedação de efeito suspensivo e a execução provisória da condenação criminal.**

Por espelhar o *judicial review*, nos termos da matriz constitucional norte-americana,<sup>274</sup> o recurso extraordinário, desde sua origem no Brasil, nunca foi acompanhado de “efeito suspensivo” durante seu processamento, admitindo, por consequência, a chamada “execução provisória”.<sup>275</sup>

Nesse aspecto, tanto o Código de Processo Penal, no art. 637 (apenas em relação ao recurso extraordinário), quanto o Código de Processo Civil, no art. 542, § 2º como ainda a Lei n. 8.038/90, no art. 27, § 2º, vedam o efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Este entendimento foi consolidado na Súmula 267, do Superior Tribunal de Justiça: “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

<sup>273</sup> VARALDA, Renato Barão. Restrição ao Princípio. Obra citada, p. 38.

<sup>274</sup> AZAMBUJA, Controle. Obra citada, p. 140.

<sup>275</sup> MANCUSO, Obra citada, p. 217.

Com a promulgação da Constituição de 1988, por conta da redação do art. 5º, LVII, a questão deixou de ser pacífica nos Tribunais.<sup>276</sup> Contudo o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema da execução antes do esgotamento dos recursos especial e extraordinário, inicialmente, manteve-se posicionamento pela inexistência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial.<sup>277</sup>

A partir de 2004, em decorrência da mudança de composição do Tribunal, esse tema foi revisitado. Com efeito, em 2009, ao ser concluído o julgamento do HC 84.078, rel. min. Eros Grau, a Corte firmou, por maioria, alterou seu posicionamento e firmou o entendimento pela “inconstitucionalidade chamada execução antecipada da pena”.

O acórdão em questão restou assim ementado:

**HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.**

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados, não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque, disse o relator, "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando

<sup>276</sup> GRINOVER *et al.* Recursos, Obra citada, p. 303.

<sup>277</sup> Podem ser citadas em referência as seguintes decisões plenárias: o HC 69.964 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 18.12.1992). Após tal julgado, o precedente se estabeleceu em ambas as Turmas do STF: RHC 85.024, rel. min. Ellen Gracie e RHC 81.786, rel. min. Carlos Velloso (ambos julgamentos da Segunda). HC 82.490, rel. min. Sepúlveda Pertence e Pet 2.861, rel. min. Ellen Gracie (ambos da Primeira Turma).

que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Observa-se que, na prática, o Supremo Tribunal Federal, ao assim decidir, conferiu efeito suspensivo para todo e qualquer recurso contra decisão penal condenatória de forma indistinta.

Ao analisar o processo criminal do paciente no referido HC n. 84.078/MG, constata-se que o paciente, cujo nome é Omar Coelho Vitor, foi julgado pelo Tribunal do Júri da cidade de Passos/MG por tentativa de homicídio qualificado, sendo que o primeiro júri foi anulado e, realizado novo júri, foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão com regime de cumprimento fechado. O Tribunal de Minas Gerais manteve a condenação, e o réu interpôs Recurso Especial. Com a expedição de mandado de prisão, o réu interpôs habeas corpus no STJ, sem sucesso e outro no STF, quando obteve a ordem através do acórdão ementado acima.

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça<sup>278</sup> a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas rejeitado. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro embargos declaratório. Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da

---

<sup>278</sup> [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

terceira Seção. Cuida-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Esse pedido aguardava julgamento até a conclusão deste trabalho.

Semelhantemente ao caso do jogador Edmundo, o recurso especial do paciente do HC n. 84.078/MG sequer foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como vimos, o julgamento do STF retrata a impossibilidade da “execução penal antecipada”, pois a Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 – teria condicionado a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 105). Não obstante, o art. 2º, p. u. da LEP estipula que os ditames da lei de execução penal “aplicar-se-á igualmente ao **preso provisório** e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária” (destacamos). *Quid inde?*

O Supremo Tribunal Federal revogou a possibilidade da chamada execução provisória ou antecipada? Se o fez, deveria cancelar a Súmula 716 que permite “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo determinada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.<sup>279</sup>

Igualmente, a resolução 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça deveria ser considerada inconstitucional, pois estipula:

Art. 8º Tratando-se de **réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo**, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Art. 9º **A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso**, independentemente de quem o interpôs, acompanhada, no que couber, das peças e informações previstas no artigo 1º.

§ 1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal.

§ 2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Registre-se que, quando da conclusão do julgamento do HC n. 84.078/MG, não existia a citada resolução, mas o entendimento sumulado sim, consagrando a possibilidade de progressão de regime antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O que é isso senão execução provisória?<sup>280</sup>

<sup>279</sup> Assim como o STJ deveria definir se cancela ou aplica sua súmula 267.

<sup>280</sup> Um registro histórico: a súmula 716 do STF baseou-se em vários *habeas corpus* e em um precedente relativo ao julgamento da Ação Penal n. 307/DF quando um ex-presidente foi processado criminalmente (e absolvido). Um dos réus foi condenado e preso em decorrência deste processo, requereu e lhe foi deferida progressão da pena antes da conclusão do processo. Seu nome: Paulo Cesar Cavalcante Farias.

Atualmente, a denominada execução penal provisória é uma realidade em todos os Estados e na Justiça Federal do Brasil, não havendo qualquer questionamento relacionado à constitucionalidade de seu arcabouço regulamentar.

Diante das considerações sobre a execução provisória conjugada às referentes ao trânsito em julgado parcial, questiona-se: Haveria impedimento na efetivação da execução provisória do julgado na parte da sentença penal condenatória não recorrida?

Certo que não existe ainda uma previsão legal nesse sentido e, não fosse pelo fato do art. 8º, da Res. N. 113, do CNJ restringir a expedição da guia de execução provisória ao “**réu preso** por sentença condenatória recorrível”, pensamos que não haveria obstáculo na execução provisória da sentença condenatória recorrível.

Admitindo-se a hipótese, o juiz sentenciante de primeira instância receberia o apelo e determinaria a expedição de carta de guia provisória referente ao crime não recorrido ou com base na parte da sentença não questionada, ou mesmo em relação ao réu não recorrente. Posteriormente, com o julgamento do recurso, haveria a complementação da carta de guia ou com a informação que se tornou definitiva (art. 107, § 2º, LEP e art. 3º, § 3º, da LEP).

Em razão do exposto, acreditamos que, antes de ofender a Constituição, a execução provisória, nos termos propostos, convergiria com os ditames constitucionais de efetividade da jurisdição sem fazer soçobrar as garantias processuais.

Quando se estuda a questão dos recursos penais, revela-se, costumeiramente, uma questão complicada: a possibilidade da prisão durante o trâmite recursal. No mais das vezes, o tema é tratado com “indevida antecipação da pena”<sup>281</sup> ou “execução provisória”<sup>282</sup> ofensiva do princípio constitucional da presunção da inocência. Há se ponderar que há superposições de situações específicas em cada caso e em cada recurso por isso, a generalização acaba sempre por ocultar ou disfarçar alguns requisitos performativos prejudicando o completo entendimento do problema.

Primeiramente, diga-se, goste-se ou não, a prisão processual é permitida pela Constituição, não sendo proibida sequer a prisão anterior ao processo, desde que decretada “por ordem judicial fundamentada” (art. 5º, LXI, CF/88).

A prisão processual reflete um dos aspectos do “problema penal no processo penal”, retratados por Maria Fernanda Palma. A autora reconhece que, diante da dupla função do

<sup>281</sup> Entre outros: FERNANDES. Processo. Obra citada, p. 314.

<sup>282</sup> TOURINHO FILHO, Processo Penal, Vol. 4. Obra citada, p. 506.

processo penal de garantia de defesa individual e de persecução penal estatal, não há como evitar o dilema e pondera:<sup>283</sup>

O reconhecimento de que o Processo Penal tem funções preventivas que são consideradas próprias das penas não conduz, conseqüentemente, a um necessária rejeição das funções penais do Processo Penal, como se fosse possível um discurso meramente baseado em critérios de validade ideais mas não concretizáveis. Nem todas as funções preventivas do Processo Penal são antagônicas dos direitos fundamentais do arguido. Tais funções podem ainda desempenhar um papel positivo de estabilização das relações sociais ao crime ou até da sua prevenção, impedindo reações vingativas e afastando o arguido de possíveis vítimas, estabelecendo uma via positiva para a catarse e a futura reinserção social, caso o arguido venha a ser condenado.

### **6.10 Revisitando os aspectos jurídicos da prisão preventiva.**

Com essas considerações, passamos à análise dos aspectos jurídicos da prisão preventiva relevantes para o desenvolvimento do nosso tema.

Como se sabe, os pressupostos para decretação da prisão preventiva encontram-se encartados no art. 311, do Código de Processo Penal: indícios de autoria e certeza da materialidade. Não há maiores discussões a respeito desses temas que também não serão objeto de aprofundamento nesta dissertação. Assim, como os motivos legais que autorizam essa medida, todos eles elencados no art. 313, do mesmo estatuto processual.

O que nos interessa aqui é um dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, inserido no art. 312, do estatuto processual, pois essa temática toca sensivelmente o desenvolvimento do presente trabalho.

Entre os requisitos da prisão preventiva, a questão da garantia da ordem pública polariza os debates. Discussões infundáveis sobre a cautelaridade, instrumentalidade ou natureza de defesa social do requisito da ordem pública perfilam os manuais de Processo Penal, questionando os limites epistêmicos dessa normatização, seu alcance e se ele seria realmente constitucional. Sobre os demais requisitos, poucas linhas são vertidas.

A conveniência da instrução criminal e o assegurar a aplicação da lei penal são relegados ao conforto da dita cautelaridade, pois aparentam servir ao processo, e não há uma pretensa defesa social. Por isso, os nossos processualistas se contentam em afirmar isso e a reproduzir sempre os mesmos argumentos fáticos que se subsumiriam os seus conceitos normativos. Assim, quem ameaça testemunha ou queima documentos relacionados ao crime pode ser preso por conveniência da instrução criminal e quem ameaça fugir, preso para

<sup>283</sup> O problema Penal do Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal. Obra citada, p. 42.

assegurar a futura aplicação da lei penal. Não se deve olvidar de demonstrar a necessidade da prisão e sua proporcionalidade no caso concreto.

A questão a se refletir é se apenas fatos concretos praticados diretamente pela pessoa do réu podem ser incluídos nessa subsunção ou se outros expedientes praticados em favor do réu também ensejariam a possibilidade de prisão. Sabemos que o Código de Processo Penal não prevê litigância de má-fé, logo, como coibir o abuso, o menoscabo ao Poder judicial?

Quando a defesa de um réu condenado, mas que aguarda em liberdade o encerramento da análise dos recursos em liberdade, passa a utilizar expediente processual nitidamente protelatório, claramente voltado para retardar o desfecho do processo e alcançar o implemento de prazo prescricional, aviando três, quatro, cinco ou mais recursos todos oriundos de uma mesma decisão, não haveria, em tese, uma concreta tentativa em se furta da aplicação da lei penal?

Baseando-se nos exemplos tratados neste trabalho, referentes aos recursos excepcionais para os Tribunais superiores (STJ e STF) que sequer são conhecidos e, ainda assim, o recorrente utiliza de forma desarrazoada dos mecanismos processuais que a lei disponibiliza apenas para “discutir” o porquê do recurso não ter sido recebido. Essa atitude não configuraria tentativa de evitar a aplicação da lei penal, eternizando o final do processo, como cunhou o Min. Peluso, a impossibilitar a efetividade da jurisdição?

Antecipando-se aos críticos mais afoitos que poderiam questionar o fato de a parte ser punida apenas por exercer seu direito constitucional de ampla defesa (na qual o direito ao recurso se insere), o raciocínio é válido para os casos de abuso do direito. Necessária a distinção, pois se sabe que a generalização é perniciosa, logo, cabe ao juiz identificar os casos concretos em que o abuso está sendo cometido e inibi-lo. De outro lado, não se estará punindo o réu por uma conduta praticada pelo seu defensor (cujo principal beneficiário seria o próprio réu), mas evitando litigância de má-fé que tenciona impedir a operatividade do sistema jurídico-penal.<sup>284</sup>

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, indiretamente vêm adotando, por outra via, a mesma providência. Afinal, ao vislumbrar recursos protelatórios, esses tribunais estão determinando a imediata execução da condenação.

Não seria possível, em casos análogos, a decretação da prisão preventiva emanada do próprio Tribunal? A questão retratada, execução de sentença condenatória ou prisão decorrente do uso excessivo e abusivo de recursos, não se assemelha às prisões preventivas

---

<sup>284</sup> Prudente anotar que o Código de Processo Penal não prevê consequências para litigância de má-fé, cabendo ao magistrado provocar análise censória junto à OAB quando o caso.

imediatas antes ou durante a persecução penal com fins policialescos, quando “primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando”.<sup>285</sup> Cuida-se de situação concretizada com reconhecimento da conformação da imputação fática esgotada em juízo cognitivo afirmativo da autoria e da materialidade (pressupostos da prisão preventiva).

Há de se refletir, em casos de excessos de recursos quando patente a ausência de plausibilidade nos fundamentos apresentados sobre a natureza cautelar da prisão preventiva, também como garantidora da aplicação da lei penal a emprestar seriedade à própria jurisdição e inibir a chicana jurídica.

### **6.11 As classes subalternas e os recursos extraordinários. Uma visão equivocada.**

Em um dado momento no julgamento do HC n. 84.078/MG, o relator menciona um julgamento sobre a inconstitucionalidade de uma lei mineira que determinava o afastamento e a redução de vencimentos dos servidores públicos que respondessem a processo em razão de prática de crime funcional. O Supremo afirmou que essa lei, que tratava de questões salariais, seria violadora do princípio da presunção de inocência (RE n. 482.006/MG). Ao mencionar tal julgamento, o relator desafiou:

Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade [...] Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Como explicitado, o objeto do julgamento do HC n. 84.078/MG tratou da possibilidade de execução da sentença penal condenatória, independente do julgamento dos recursos especial e extraordinário, os quais, por disposição legal, não teriam efeito suspensivo.

Apesar da colocação do relator, constata-se que essa espécie de recurso (especial e extraordinário) não é, e jamais foi utilizado pelas classes subalternas, muito menos em questões criminais. Prova disso, são as informações do próprio Supremo Tribunal Federal, de que entre os anos de 2008 e 2011, foram conhecidos pelo Supremo, resalte-se: conhecidos, apenas seis recursos extraordinários em matéria criminal interpostos pelas Defensorias

<sup>285</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: a Teoria do Garantismo Penal*. Trad: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 716.

Públicas dos Estados e da União.<sup>286</sup> Desnecessário dizer que as Defensorias Públicas são os órgãos que possuem atribuição constitucional para defender os representantes das classes subalternas.

Esses números serviram para o presidente do Supremo Tribunal Federal, à época do julgamento do HC n. 84.078, apresentar proposta de emenda constitucional no sentido de afastar definitivamente efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial objetivando evitar o que chamou de “eternização dos processos”. Para justificar sua proposta, o então ministro Cesar Peluso, argumentou:<sup>287</sup>

[...] Em termos técnicos, a proposta consiste na antecipação do marco que define o trânsito em julgado do processo judicial para a decisão das cortes de segundo grau.

De forma simples, a demanda judicial terminará depois do julgamento do juiz de primeiro grau e do tribunal competente. Recursos às cortes superiores não impediriam a execução das sentenças.

Hoje, um processo comum pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF). O sistema acarreta graves problemas, como a ‘eternização’ dos processos, a sobrecarga do Judiciário e a morosidade da Justiça.

Com a PEC dos recursos, as ações serão mais rápidas, o sistema judiciário terá uma carga menor de processos e o cidadão terá acesso maior à Justiça para garantir seus direitos. A medida contribui para a solução de dois problemas: a falta de acesso da maioria da população à Justiça e a lentidão dos processos da minoria que recorre ao Judiciário para a solução de conflitos.

A crítica mais recorrente ao projeto é a relativa à Justiça Criminal. Se a sentença condenatória à prisão for executada após a decisão de segundo grau, como reparar o dano imposto ao réu injustamente condenado caso a sentença seja reformada pelos tribunais superiores?

Os números mostram que não é o recurso extraordinário, mas o habeas corpus – que não seria atingido pela PEC –, o instrumento mais utilizado para reverter prisões ilegais. Além disso, em 2009 e 2010, dos 64.185 recursos extraordinários e agravos de instrumentos distribuídos aos ministros do STF, apenas 5.307 (cerca de 8%) referiam-se a feitos criminais.

Desses, somente 145 reformaram a decisão das cortes inferiores. Dos 145, 59 tratavam da execução de condenação já transitada em julgado e 77 foram interpostos pela acusação. Em resumo, se a PEC dos recursos já estivesse em vigor, para a defesa seria indiferente o momento da decisão desses 136 recursos, se antes ou após o trânsito em julgado. Pode-se avançar na análise.

Dos nove recursos da defesa que foram acatados antes do trânsito em julgado (0,16% dos recursos criminais ou 0,014% do total do período), um trata do prazo máximo de medida de segurança, um questiona decreto de prisão sem entrar no mérito da ação penal e três reconhecem nulidades em ações penais que não levariam à prisão, mas a penas alternativas.

Apenas quatro discutiram a condenação por crimes passíveis de prisão, ou seja, 0,006% do total de recursos e agravos.

Em três deles, o STF reconheceu nulidades processuais, e em um único caso houve a efetiva reforma do mérito da condenação.

A remoção dos mitos permitirá a continuidade do debate em bases sólidas. A questão que se coloca à sociedade brasileira é simples: vale a pena manter o regime atual de recursos, que não atende às necessidades de toda a sociedade em questões cíveis, em nome de riscos inexistentes em matéria criminal?

<sup>286</sup> Dados obtidos junto à Central do Cidadão – STF, apontamento n. 195499. Foi Saulo Ramos – ex-Ministro da Justiça e reconhecidamente um dos maiores advogados do Brasil, quem cunhou: “Aqui (quando há necessidade de questionar uma decisão judicial que não declarou a inconstitucionalidade de uma lei reconhecida como tal pelo STF) já se misturam dois tipos de recurso: o extraordinário e o mais extraordinário ainda, que é o recurso financeiro. Sem este, aquele não anda. Mas o pobre que sofre lesão igual, não tem como se defender. Terá seu direito negado por falta de um recurso processual infraconstitucional” (Código da Vida, Obra citada, p. 71).

<sup>287</sup> Folha de São Paulo, **Mitos e Recursos**. In: Folha de São Paulo, caderno “Tendências e Debates”, 08/05/2011.

Os números falam por si. Dos 5.307 recursos extraordinários sobre matéria criminal, apenas um singular caso teve alteração do mérito da condenação.<sup>288</sup> Infelizmente, não foi mencionado se esse processo referia-se um réu detido.

Acreditamos que esses números trazidos pelos ministros compõem manancial argumentativo a confrontar o acerto do julgamento no HC n. 84.078/MG. Diante da argumentação do relator, caberia um estudo sobre a distribuição dos recursos especiais e extraordinários no STJ e STF para balizar uma decisão juridicamente condizente à realidade. Enfim, para se demonstrar verdadeiramente quem se vale dessas espécies de recursos quando percebe sua liberdade ameaçada.<sup>289</sup>

### **6.12 Efeito suspensivo e recursos extraordinários no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Aspectos desconSIDERADOS.**

Na prática, conforme já asseverado, o julgamento do HC n. 84.078/MG, concedeu efeito suspensivo para todo e qualquer recurso criminal contra sentença condenatória. Verifica-se que o voto do relator prendeu-se à interpretação isolada do texto concernente à presunção de inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.<sup>290</sup>

O julgamento em questão, ainda que não explicitado, tornou inconstitucional o dispositivo do art. 637, do Código de Processo Penal e também o art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90. Este último, em termos, apenas no que toca à sentença penal condenatória. Esses dispositivos, como vimos, negavam efeito suspensivo ao recurso extraordinário e especial, autorizando, por consequência, a execução da sentença antes mesmo da admissibilidade desses recursos.

Sobre essa questão, inicialmente, deve-se destacar que diplomas legislativos mundo afora impõem restrições ao direito de recorrer e, na maioria deles, a regra é o cumprimento de pena após o recurso em primeiro ou segundo grau das instâncias ordinárias.

<sup>288</sup> Para aqueles que, mesmo diante de tais números insistam na retórica do inocente e no bordão do jurista inglês William Blackstone: “é melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra” (e o ministro Peluso tampouco mencionou se a alteração do único processo no mérito referia-se a um réu preso), indica-se a leitura do artigo *n Guilty Men*, do professor da Faculdade de Direito de Harvard, Alexander Volokh, disponível em < <http://www2.law.ucla.edu/volokh/guilty.htm#T128> > acesso em 12 de março de 2013.

<sup>289</sup> Suponhamos que um estudo nesse sentido demonstre que apenas os componentes de uma classe mais abastada da sociedade façam uso frequente desses mecanismos recursais excepcionais. Não haveria nesse aspecto uma violação do princípio da igualdade visto que, sabidamente, as Defensorias Públicas possuem uma estrutura material e humana limitada. Como menciona TUCCI: “Verifica-se que, realística e lamentavelmente, que os postulados constitucionais da igualdade e da assistência judiciária gratuita passaram, especialmente em matéria criminal, de salutar intenção do legislador constituinte à quimera dos menos afortunados de, em algum dia, contar com o efetivo patrocínio defensivo do seu direito subjetivo material, precipuamente do de liberdade, relegado ao utópico anseio de assemelhação com o assegurado aos economicamente poderosos.” (Direitos e Garantias. Obra citada, p. 107).

<sup>290</sup> Essa questão gerou, inclusive, uma oscilação na interpretação relacionada ao termo inicial da chamada prescrição executória penal (art. 112, I, CP). O problema é bem-retratado por Douglas FISCHER em *A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC n° 84.078-MG*. In: Leandro Paulsen. (Org.). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário – Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, v. 1, p. 237-257.

Entre os países que impõem, em maior ou menor grau, restrições ao direito de recorrer podemos citar a França (art. 367, do *Code de Procédure Pénale*, com a redação da Lei 2000-516, de 15.06.2000), os Estados Unidos da América do Norte (Seção 3.143, “b”, do Título 18 do Código Penal Federal dos Estados Unidos), ambos estabelecendo a prisão como regra ao recorrente condenado. Na Argentina, por exemplo, não caberá recurso de cassação para penas inferiores a seis meses de prisão proferida por juiz monocrático ou inferior a três anos de prisão para julgamento proferido por Tribunal (art. 459, 1º e 2º, *Codigo de Proceso Penal*). E esses países, tanto quanto o Brasil, consagram a presunção de inocência.

Ocorre que, como visto no capítulo 2 deste trabalho, simplesmente todos os principais diplomas internacionais, entre eles a Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 e Declaração Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), respectivamente, limitam a presunção de inocência até o momento em que “a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei” ou até que “legalmente comprovada sua culpa”.

Não existe a extensão e a incoerência da nossa presunção de inocência que garante mesmo ao réu já condenado a presunção de inocência, mantendo o mesmo *status* do início da persecução penal.

Nesse aspecto, vale sempre relembrar a lição professada por Weber Martins Batista.<sup>291</sup> Afinal, como sustentar a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, se antes desse trâmite, obrigatoriamente, o juiz de primeira ou Tribunal de segunda instância irão desconsiderar a referida presunção, pois, do contrário, como condenar? Realmente configura-se um entrave jurisdicional.

A orientação de todos os diplomas dos organismos internacionais, presumindo a inocência até a comprovação da culpabilidade não até o esgotamento dos recursos parece-nos muito mais racional. Por essa razão, nos países que adotam orientação semelhante não há maiores celeumas para determinação da prisão ou execução da sentença condenatória antes do julgamento definitivo. E mesmo nesses países, enfatize-se, é prevista a possibilidade de suspensão da prisão ou da execução antes do julgamento do recurso ordinário e mesmo dos recursos constitucionais (extraordinários). Cite-se como exemplo: a Argentina (art. 442, *Codigo Proceso Penal*), os Estados Unidos da América (*rule 23 – Stays, Rules of the Supreme Court of United States*), a República Federal da Alemanha (art. 32, 1º, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão).<sup>292</sup>

<sup>291</sup> O princípio constitucional de inocência; Recurso em liberdade, antecedentes do réu. Revista Forense Comemorativa—100 anos— Tomo VII, 2004, p. 643.

<sup>292</sup> HÄBERLE, Peter, O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. Revista de Direito Público – IDP, Nº 2 – Out-Nov-Dez/2003, p. 128.

Mesmo na Itália, cujo texto constitucional (art. 27, 2) da presunção de inocência (ou não-culpabilidade) inspirou<sup>293</sup> a redação do nosso art. 5º, LVII, existe previsão de afastamento de efeito suspensivo (art. 588, 1, art. 625, 2, e art. 656, 5, *Código di Procedura Penale*).<sup>294</sup> Assim como também ocorre em Portugal (art. 438º, 3, Código Processual Penal) e na Espanha (art. 56, 2 e 4, da *Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional*).

A diferença é que nesses países, não há um efeito suspensivo preestabelecido, para toda e qualquer condenação submetida a recurso, mas sim, após análise detida do caso concreto, para se chegar à possibilidade de suspender a execução da decisão combatida.

Em resumo, em todos os países pesquisados, os recursos de ordem constitucional (por isso, extraordinários), não possuem efeito suspensivo como regra, mas esse efeito pode ser concedido quando razões excepcionais forem verificadas pelo Tribunal *ad quem*.

Necessário pontuar, lado outro, que a Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a possibilidade de restrição aos direitos e garantias fundamentais, desde que não sejam “suprimidos o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitados em maior medida do que nela prevista” (art. 29, “a”). O art. 30 estabelece o alcance dessas restrições: “As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”.

Afinal, como a própria Convenção estabelece no seu capítulo V (deveres das pessoas) em seu artigo 32 (correlação entre deveres e direitos): “Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade” e “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática” (itens 1 e 2).

O Pacto de São José da Costa Rica, portanto, como dito e redito, autoriza restrições aos direitos e liberdades nelas estabelecidas, ressalvando a impossibilidade de serem suprimidos e orientando que qualquer restrição deve ser prevista em lei de interesse geral.<sup>295</sup>

Na óptica de Hesse, apenas o Poder Legislativo possui legitimidade para restringir os direitos fundamentais:<sup>296</sup>

<sup>293</sup> É de se observar que os autores italianos conceituam “sentenza definitiva” (sentença definitiva) como aquela que geralmente põe fim ao processo, resolvendo as questões controvertidas, ou mesmo aquela que impede a continuação o prosseguimento do processo, reconhecendo, por exemplo, a ausência do direito de ação. Diferentemente, a “sentenza irrevocabile” (sentença irrevogável) é aquela sentença ou julgamento contra o qual não caiba mais recurso. SASSANI, Bruno, *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, Milão: Giuffrè Editora, 2010.

<sup>294</sup> Como recorda Ferrajoli, na Itália, a presunção da inocência permanece “até que prova contrária justifique a condenação”. (Obra citada, p. 676).

<sup>295</sup> Como notado por Coelho, “em sistemas aparentados ao nosso, tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais” (MENDES *et al.* Hermenêutica. Obra citada, p. 120).

Só se admitem restrições quando se revestem de interesse do bem comum, isto é, quando se podem justificar com considerações objetivas e razoáveis do bem comum e se compadecem também do princípio proporcionalidade (em sentido amplo). De acordo com isso, a limitação tem que ser adequada à obtenção do objetivo (público) perseguido. Ademais o meio tem que se mostrar necessário, o que é o caso, em qualquer momento, em que não se possa eleger outro meio igualmente eficaz, porém que não afete, ou afete em medida sensivelmente menor, o direito fundamental. Finalmente, ponderando em conjunto a envergadura da intervenção e a imperiosidade dos motivos que a justificam, há de velar-se pelas margens do que é razoavelmente exigível.

Ante tais premissas, ao considerar o julgamento do HC n. 84.078/MG, podemos considerar abusiva a vedação do efeito suspensivo aos recursos extraordinários? Ela esvazia de sentido a garantia da presunção da inocência, afetando seu núcleo essencial?<sup>297</sup> E sua efetivação sob guarida do art. 27, Lei n. 8.038/90 não estaria inserta no espaço de possibilidade de restrição do legislador? Em aditamento Afrânio Jardim ponderou:<sup>298</sup> “Evidentemente que a outorga mais ampla ou não de efeito suspensivo à apelação da defesa é uma questão de política criminal a ser levada em consideração pelo legislador, segundo o balanceamento dos relevantes valores em jogo.” Sob a égide dessas considerações, a conformação legal do processo com suas variantes, a restrição e ampliação de efeitos é tarefa reservada, primeiramente, ao Poder Legislativo por sua responsabilidade política, decorrência do princípio da democracia.<sup>299</sup>

Segundo Alexy, citando Häberle:<sup>300</sup>

Todos os direitos fundamentais são não apenas passíveis e carentes de restrição legal como também de uma configuração. Häberle não apenas estende a esfera de configuração a todos os direitos fundamentais, como também utiliza um conceito bastante amplo de configuração. Segundo ele, a configuração diz respeito ‘ao objetivo constitucional de realizar os direitos fundamentais na vida social. Para se atingir esse fim, a Constituição necessitaria ‘da legislação como *médium* e um meio para a realidade social’. O legislador configurador teria que realizar uma ‘configuração criadora’ e dar ‘contribuições constitutivas para o conteúdo dos direitos de liberdade.

Aparentemente, o Supremo Tribunal Federal professou interpretação literal do dispositivo constitucional, afastando qualquer limitação aos recursos penais interpostos pelo

<sup>296</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Mártires Coelho – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

<sup>297</sup> Registre-se, por relevante, que essas possíveis inconstitucionalidades não foram discutidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Todas as decisões sobre o tema foram decorrência de julgamento de *habeas corpus*, em controle difuso de constitucionalidade, portanto. Não há igualmente, notícia de que tais matérias foram suspensas pelo Senado Federal como determina o art. 52, X, da CF. Por consequência, os dispositivos citados continuam vigentes.

<sup>298</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 11ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 268, p. 274

<sup>299</sup> Não obstante, reconhece-se a “inevitabilidade, no atual momento do Estado de Direito, do controle jurisdicional de constitucionalidade. Acode esse modo de ver a circunstância de as próprias constituições democráticas preverem essa fórmula de fiscalização dos atos dos representantes do povo. O controle por órgão não representativo seria, assim, resultado de decisão do próprio povo, titular do poder constituinte originário. É claro que essa posição não resolve o problema dos limites da ação dos órgãos de controle de constitucionalidade” (BRANCO. Juízo de Ponderação. Obra citada, p. 111).

<sup>300</sup> ALEXY. Teoria dos Direitos Fundamentais. Obra citada, p. 333.

réu condenado. Em linhas gerais, para o Pretório Excelso, se ninguém pode ser considerado culpado antes do julgamento final com esgotamento de todos os recursos, como determinar a execução antecipada da pena? O argumento é lógico, mas desconsidera algumas das mais relevantes circunstâncias.

Não se sugere, como podem pensar os desavisados, que nesses casos a lei ordinária (art. 637, CPP e art. 27, § 2º, Lei n. 8.038/90) deva prevalecer sobre o ditame constitucional (art. 5º, LVII, da CF). Longe disso. Ocorre que, ampliando-se a análise da questão, vislumbra-se a aproximação com outras matérias de ordem constitucional de igual hierarquia (direitos fundamentais), visto que os diplomas legais em questão conformariam as garantias constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional. Assim sendo, o problema envolve uma (aparente) controvérsia entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais subjacentes aos dispositivos legais anteriormente referidos (art. 637, CPP e art. 27, § 2º, Lei n. 8.038/90).

Cumpra esclarecer que tais garantias fundamentais (duração razoável do processo e efetividade da jurisdição), apesar de possuírem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF) não dispensam a concretização por via legislativa, para que possam produzir efeitos e mesmo adquirir sentido. Assim, a plenitude desses direitos fundamentais (efetividade da jurisdição) depende da ação normativa do legislador, porque essas normas constitucionais caracterizam-se por uma densidade normativa baixa.<sup>301</sup>

Portanto, insista-se não se trata de cotejar os dispositivos dos art. 637 do CPP e 27, § 2º, desnudos de seu vetor constitucional com os ditames do art. 5º, LVII, CF. Trata-se, isso sim, de esgrimir todos os aspectos envolvidos no plano constitucional e assim encontrar a solução mais acertada. Apesar de inquestionável, vale ressaltar as palavras de Cappelletti e Garth quanto à caracterização de direito fundamental da efetividade da jurisdição.<sup>302</sup>

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição, estatuída no art. 5º, XXXV, da Constituição (“a lei não exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito”)

<sup>301</sup> Idem, p. 135/136.

<sup>302</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12/13.

constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos<sup>303</sup> e assegura a todos uma prestação jurisdicional efetiva que surge como decorrência da própria existência e reconhecimento dos direitos e, com a conseqüente, proibição da autotutela.<sup>304</sup>

A conjugação do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF) com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) formatam os procedimentos judiciais e administrativos como direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva que apenas se faz através da concretização dos resultados desses procedimentos, preservando e garantindo, assim, os direitos materiais dos titulares envolvidos.<sup>305</sup> Tarefa, portanto, do sistema processual judicial, emprestando uma visão da teoria dos sistemas, “assegurar as expectativas normativas, fazendo cumprir os valores descritos nas normas e o respeito a elas”.<sup>306</sup>

Oportuno expender algumas ideias sobre a influência da questão temporal nessa temática.

Canotilho e Vital Moreira preceituam:

O princípio da efetividade está estreitamente relacionado com o direito à decisão da causa em prazo razoável (nº 4). Noutra formulação, fala-se em direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, direito a uma decisão temporalmente adequada, direito à tempestividade da tutela jurisdicional.<sup>307</sup>

Exatamente por essa razão, “o direito à decisão da causa em tempo razoável pressupõe, desde sempre, uma formatação procedimental temporalmente adequada formulada, em regra, pelo legislador (prazos, recursos)”.<sup>308</sup>

Essa questão há muito nos atormenta. Quando da feitura da Constituição, o tema da morosidade da Justiça e seus efeitos sociais já eram debatidos. Em debate, na Subcomissão dos “Direitos e Garantias Individuais” (10ª Reunião), foi convidado o então presidente da OAB Federal, Marcio Thomaz Bastos, para discorrer sobre o tema. Na oportunidade, invectivou:

Não podemos ter uma resposta lenta ao ponto de, se os tribunais do júri de São Paulo trabalhassem todos os dias, fazendo um julgamento, levarmos dezenove anos para pôr a pauta em dia. E todos nós sabemos que hoje, em São Paulo, quando alguém comete um crime de homicídio, só vai ser julgado, provavelmente, se tudo correr normalmente, depois de cinco

<sup>303</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 376.

<sup>304</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.179/180.

<sup>305</sup> ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Obra citada, p. 488.

<sup>306</sup> LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do Direito: o direito e o processo à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*, Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 73/74.

<sup>307</sup> CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *CRP Anotada, Vol 1*. Obra citada, p. 417.

<sup>308</sup> Idem, p. 417 (destacamos).

anos do seu cometimento. Isto, sim, é um estímulo à impunidade. Cria-se aquela sensação de anomia, de impunidade que, acredito, seja um fator de criminalidade. Se tivermos uma resposta firme do Poder Judiciário, criminal, acredito que haverá uma diminuição da criminalidade. **O fato de a pessoa ficar solta durante muitos anos, depois de ter cometido um homicídio, leva a população a descrer na justiça e enfraquecer o fator de intimidação que a pena deve ter. Se tivéssemos um Judiciário de resposta rápida, em que a pessoa não ficasse cinco anos solta, mas apenas seis meses, e depois fosse julgada e presa, assim, teríamos um forte fator de dissuasão da criminalidade**".<sup>309</sup>

Por isso, “conforme a índole da pretensão, a duração razoável do processo é uma exigência que se funda na necessidade de se colocar fim ao processo por uma sentença proferida em tempo oportuno, capaz de render utilidade e eficácia”.<sup>310</sup>

Tucci, igualmente, refletiu sobre o tema:<sup>311</sup>

Realmente, tendo-se na devida conta as graves consequências psicológicas (no plano subjetivo), e até mesmo pecuniárias, resultantes da persecução penal para o indivíduo nela envolvido, imperiosa torna-se a agilização do respectivo procedimento, a fim de que elas, tanto quanto possível, se minimizem, pela sua conclusão num *prazo razoável*.

Deve-se enfatizar, por oportuno, também a existência do interesse da(s) vítima(s) e seus familiares na duração razoável do processo, eis que diretamente interessada(s) no desfecho do processo, quer psicologicamente, quer financeiramente, eis que concluído o processo e havendo condenação, poderá requerer diretamente a reparação dos prejuízos através de ação civil *ex delicto* (art. 63, CPP).

Nesse aspecto, acertadamente, Jorge E. Vasquez Rossi, ponderando sobre os direitos do réu e os interesses da vítima, afirma:<sup>312</sup>

Por que evidente que a resposta mediata do sistema penal através da garantia da efetividade da jurisdição, exige que não se estendam no tempo: notório e injusto constrangimento ao imputado, coativamente submetido ao processo (o que ofende o princípio da presunção da inocência), nem as legítimas expectativas da eventual vítima, é óbvio que se dá uma situação de frustração social quando as causas se arrastam em razão da complexa burocracia, com solução chegando muitos anos depois dos fatos, quando o conflito desapareceu e mesmo os envolvidos praticamente já o esqueceram ou, decerto, já são outras pessoas.

<sup>309</sup> Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, p. 49 e 81, disponível em <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, acesso em 8 de outubro de 2012 (destacamos).

<sup>310</sup> CAMPOS, Tratado. Obra citada, p. 466. No original (em espanhol): “La duración razonable del proceso conforme a la índole de la pretensión es una exigencia que se funda en la necesidad de que la sentencia que pone fin a ese proceso se alcance a dictar en tiempo oportuno, y sea capaz de rendir utilidad y eficacia”.

<sup>311</sup> TUCCI. Direito e Garantias. Obra Citada, p. 217/8.

<sup>312</sup> ROSSI, Jorge E. Vasquez. **Derecho Procesal Penal, Tomo I**, Obra citada, p. 297. No original (em espanhol): “Por que es de evidencia que la respuesta mediata del sistema penal a través de la garantía de judicialidad, exige que no se extienda en el tiempo: a más del notorio e injusto constreñimiento al imputado coactivamente sometido al proceso (lo que vulnera el principio de inocencia y lo tratado anteriormente en orden al *favor rei*), y de las legítimas expectativas de la eventual víctima, es obvio que se da una situación de frustración social ante causas que se diluyen en los vericuetos burocráticos y que tienen resolución a muchos años del hecho, cuando el conflicto ha desaparecido y hasta los involucrados prácticamente lo han olvidado o, realmente, ya son otros”.

Realmente, já reiterado, não se pode desprezar o abalo social provocado por certos crimes (superdimensionados, muitas vezes, pela mídia, é certo), sendo que o retardamento do processo “compromete a paz social necessária que adviria da conclusão definitiva do processo”.<sup>313</sup>

A Celso Bastos e Ives Gandra Martins também não passa despercebido o problema ocasionado pela demora no desfecho processual:<sup>314</sup>

A demora processual apresenta sérios inconvenientes na jurisdição em geral. No processo penal, contudo, ela acaba por infringir princípios constitucionais de maior valia, não sendo de se excluir a hipótese de o próprio direito de defesa se ver enfraquecido. Mas incide muito diretamente sobre o princípio da presunção de inocência. É fácil perceber a contradição que existe entre essa presunção e o fazer recair sobre o réu a pecha de uma acusação que se protraí no tempo de forma desarrazoadamente prolongada.

A insegurança de um processo criminal infindo é proporcional ao prazo da demora de solução, desacreditando o Poder Judiciário, o sistema legal e todas as instituições relacionadas à persecução penal (polícia, Ministério Público, advogados etc.), pois “enquanto dura o processo, dura a incerteza”<sup>315</sup> e acaba por desacreditar também a própria persecução penal, pois a pena aplicada muitos anos após o cometimento do crime não se legitima nem se justifica.<sup>316</sup> Afinal, “quando se julga além de um prazo razoável se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito”.<sup>317</sup>

Foi ninguém menos que Beccaria quem desvendou, ainda no século XVIII, a importância da efetividade da aplicação da pena em tempo adequado. Assegurou o mestre milanês:<sup>318</sup>

A presteza da pena é mais útil porque quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas idéias, delito e pena; de tal modo que imperceptivelmente se consideram uma como causa e a outra como efeito necessário e indefectível. Está demonstrado que a união das idéias é o cimento que forma o intelecto humano, sem o qual o prazer e a dor seriam sentimentos isolados e sem nenhum efeito.

E o mesmo Beccaria alertou em 1764: “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade”.<sup>319</sup>

<sup>313</sup> GRECO FILHO, Processo Penal. Obra citada, p. 328.

<sup>314</sup> BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 279.

<sup>315</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol II, Rio de Janeiro: *Lumen Júri*, 2009, p. 3.

<sup>316</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>317</sup> LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 14.

<sup>318</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002, p. 57.

<sup>319</sup> *Idem*, p. 87.

Para temas como esses apontados no HC n. 84.078/MG, em que se vislumbra aparente antinomia entre direitos fundamentais, a busca por uma pretensa solução adequada (ou mais adequada) deve-se adaptar à situação descrita de modo exaustivo e sob todos os pontos de vista argumentativos, além de atentar “para todas as circunstâncias relevantes do caso”.<sup>320</sup>

O julgamento do HC n. 84.078/MG não tratou meramente da solução de uma ordem de *habeas corpus*, mas de efetivação da jurisdição constitucional que, *obter dictum*, afastou dispositivos legais vigentes por tê-los em contraste com a Constituição. Nenhum problema em fazê-lo, é papel da Suprema Corte, mas, como dito, para afastar dispositivos aprovados legítima e democraticamente pelo Poder Legislativo, deve a Corte Constitucional laborar de forma refletida, considerando todos os possíveis princípios e valores envolvidos, adotando e aplicando padrões convencionais do direito pátrio e comparado.

Em casos tais, Junger Habermas ensina:<sup>321</sup>

Ante a concorrência de dois princípios que se candidatam a aplicação a um determinado caso, necessário faz-se que um discurso de aplicação aponte, consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso bem como as demais normas alternativamente aplicáveis, a única forma adequada. Numa palavra, cabe ao discurso de aplicação individualizar, entre as normas *prima facie* aplicáveis aquela que melhor se adéqua à situação aplicativa. E clarificado que, num caso concreto, ocorrem as condições de aplicação de um dos princípios, há de se cumprir exatamente o que ele determina, nem mais nem menos

Em relação à temática do efeito suspensivo, ou da vedação dele, durante o processamento dos recursos especial e extraordinário aviados contra condenação criminal, a doutrina insere outro tema no imbróglio, referente à insuficiência da proteção estatal ou proibição de proteção insuficiente.

Neste aspecto, Fischer propõe uma solução pela interpretação sistêmica do texto constitucional, amparada no princípio da proporcionalidade, a considerar não apenas a proibição de excesso, mas também a garantia de proteção insuficiente. Para tanto, ressalta:<sup>322</sup>

O que se sustenta é que, em decorrência de uma *interpretação sistêmica*, considerando-se todos os instrumentos jurídicos previstos para evitar a indevida restrição à liberdade dos cidadãos, o recolhimento do réu condenado antes do trânsito em julgado na pendência dos recursos extraordinário (também na situação do recurso especial) *não viola* o comando constitucional supradescrito, nem qualquer outro que estipule proteção a garantias fundamentais. Assim, diante de *todo* o arcabouço constitucional (sistemicamente, portanto), não se viola a presunção

<sup>320</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação da Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série IDP), p. 75.

<sup>321</sup> *apud* SANTOS, Fernando Ferreira. *Direitos Fundamentais e Democracia: o Debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 51.

<sup>322</sup> FISCHER, D. . *Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente*. Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p. 12.

de inocência, pois há mecanismos eficazes (entende-se que até muito mais eficazes que os próprios recursos) em sede constitucional para evitar *eventual* ilegalidade e recolhimento indevido com violação da presunção de inocência. Para o desenvolvimento de tais premissas, se acorrerá *também* – mas não só – a argumentos contidos em decisão recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso em que foram definidas as regras para estabelecer a exigência da observância da denominada *repercussão geral*.”

E conclui, o articulista:<sup>323</sup>

Concatenando-se as previsões constitucionais, não há lugar para os excessos (em detrimento do cidadão-processado), nem para a inoperância/deficiência da prestação do serviço estatal (em detrimento dos interesses coletivos, relacionada diretamente com a eficiência e garantia da segurança social e pública), encontrando-se, nesse equilíbrio, verdadeira sistematização de preceitos que se revelam obedientes aos limites do Princípio da Proporcionalidade.

Embora não se refiram à presunção de inocência, Streck e Oliveira afirmam:<sup>324</sup>

A constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social), também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que os princípios da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Ela contém, como ensina Ferreira da Cunha, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites do exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadãos-Estado (herança desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral e, tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estatal, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estatais, mas também face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estatal no sentido protetor de valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra).

### 6.13 A indefinição do Supremo Tribunal Federal sobre a mitigação do princípio da presunção da inocência na fase recursal.

Convém, *prima facie*, esclarecer tão somente o transcurso do tempo não retira eficácia ou mesmo enfraquece o princípio da presunção de inocência. Porém os seguidos juízos meritórios, após regular instrução, reconhecendo a culpabilidade do imputado e sua confirmação em instância superior, insofismavelmente, mitigam a força do referido princípio.

Afinal, a persecução penal assemelha-se a um filtro em que indícios autorizam uma investigação que, por sua vez, podem se consolidar numa ação penal, a permitir instrução processual com reconhecimento ou afastamento da inocência.

Essa estrutura é adequadamente delineada por Badaró, ao tratar do objeto do processo penal.<sup>325</sup>

<sup>323</sup> Idem, p. 24. VARALDA entende adequada, igualmente, nos casos concretos de gravidade delitiva ou periculosidade do agente reveladores de perturbação social, a ponderação e observa prevalecer, nesses casos, o direito à segurança em detrimento da presunção de inocência, pois “O processo penal deve ser instrumento de realização efetiva de justiça de maneira razoavelmente satisfatória sob pena de colocar em causa todo sistema penal.” (Restrição. Obra citada, p. 234).

<sup>324</sup> O que é isto. Obra citada, p. 40/41.

O objeto da imputação penal, isto é, o fato punível atribuído a alguém, **sofrerá uma constante valoração ao longo de toda a persecução penal**. No início do inquérito policial, tem-se um fato enquadrável em um tipo penal atribuível a alguém em grau de mera suspeita. Posteriormente, quando se vai avançando no caminho da transformação da probabilidade em certeza, o mesmo conteúdo será agora qualificado não sob a ótica da mera suspeita, mas de indícios, o que autorizaria o oferecimento da denúncia com a formulação da pretensão penal, isto é, da imputação. A instrução processual, por seu lado, nada mais é do que uma fase do *iter* procedimental destinada à colheita de provas para a verificação da veracidade ou falsidade da imputação quanto à autoria e existência do fato. Por fim, chega-se à sentença que trará a definição quanto à imputação, absolvendo o acusado se a mesma não restar provada, ou condenando-o, se ela for confirmada. **A sentença traz o grau máximo de certeza quanto à imputação**, que nada mais é que do que um projeto de sentença. Assim, o objeto do processo deverá permanecer o mesmo ao longo de todo processo, desde a imputação até a sentença.

Com o mesmo entendimento sobre valoração crescente, observava Kelsen:<sup>326</sup>

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estado intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. **Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.**

A questão da mitigação da presunção da inocência ante a escalada de graus judiciais não encontra plena convergência no Supremo Tribunal Federal, encontrando-se posições diametralmente opostas. Vejamos:

Mostra-se importante **acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância (ou por qualquer órgão colegiado de inferior jurisdição), ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** (Trecho do voto do relator, Min. Celso de Mello, no RE 565.519/DF – destacamos).

Não obstante, confira-se trecho do acórdão do HC n. 107.229/PA:

Havendo condenação criminal, ainda que submetida à apelação, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. **Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, vale dizer, de um juízo efetuado, com**

<sup>325</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76/77. O autor se refere à sentença inicial como “projeto de sentença”, em discordância com o que foi explicitado no capítulo 5. Certamente por imaginar que a sentença e seus comandos estão “condicionados” pelos recursos das partes. Segundo defendemos, a possibilidade de um julgamento futuro alterar o que foi decidido inicialmente, ou mesmo decidir no mesmo sentido não retira da sua natureza de ato jurídico completo pleno de efeito, ou seja, não faz dela “menos” sentença ou “projeto de sentença”. As contingências jurídicas relacionadas a aspectos recursais, como demonstramos, não retiram a eficácia jurídica da sentença. Podem, às vezes, suspender sua execução nada mais nada menos.

<sup>326</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trad. João Baptista Machado; 6.º Ed., São Paulo: Martins Fontes; 1998, p. 263/264.

**base em cognição exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica por meio de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento (destacamos).**

Observe trecho do voto da relatora, Min(a). Rosa Weber:

**Embora prevaleça nesta Suprema Corte, o entendimento de que o princípio da presunção de inocência tem aplicação até o trânsito em julgado da ação penal (HC n. 84.078 Plenário Rel. Min. Eros Grau por maioria j. 05.02.2009 Dje-035, de 25.02.2010), é forçoso reconhecer que sua força se atenua depois de um julgamento, ainda que este não seja definitivo.**

Essa divergência na Corte Constitucional brasileira mais se evidenciou no julgamento conjunto das ADCs n. 29 e 30 e ADI 4578 em que, discutida a constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10), que alterou a lei de inelegibilidades (LC n. 64/90) impedindo o registro do candidato acusado pela prática de determinados crimes (art. 1º, I, “e”) quando condenado “por órgão judicial colegiado” independentemente do trânsito em julgado.

Restou consignado no acórdão:

A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. **A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.** 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

Ainda que o relator (Min. Luiz Fux) tenha afirmado que se tratava “tão somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição”, o certo é que foi restringido o aspecto de incidência que até então se concedia à presunção de inocência.

Propôs-se, textualmente, “um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência *vis-à-vis* inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas” (trecho do voto do relator), o qual acabou sendo acatado pela maioria do colegiado.

A superação proposta pelo relator, ou *overruling*, referia-se ao precedente estabelecido no julgamento da ADPF 144/DF quando o mesmo debate foi travado e, naquela ocasião, entendeu-se que a presunção de inocência impediria a declaração da inelegibilidade em decorrência de condenação não transitada em julgado.

No julgamento sobre a “Lei da Ficha Limpa” foram sopesados, principalmente, os princípios da presunção da inocência e da moralidade administrativa, sendo preferido este em detrimento daquele.

Pela leitura do inteiro teor do acórdão e dos diversos debates ocorridos durante o julgamento, vê-se que a matéria longe está de encontrar um acomodamento entre os ministros da Suprema Corte.

#### **6.14 Conclusão parcial e considerações doutrinárias.**

Entendemos que as todas as questões apontadas complementam a discussão iniciada neste capítulo. Em resumo, saber se a vedação legal de efeitos suspensivos as recursos extremos confrontam dispositivo constitucional a ponto de serem afastado do ordenamento jurídico. Abordamos também a tratativa legal do tema no direito comparado, de modo a melhor subsidiar a discussão interna.

O estudo do tema findou por ensejar outras diversas reflexões, em nosso sentir, ausentes de repercussão maior na doutrina atual, como a questão do trânsito em julgado parcial da sentença penal condenatória e suas eventuais consequências. No capítulo anterior (6.1.), buscamos resgatar a natureza jurídica da sentença, mencionando que se trata de ato jurídico perfeito, pleno de eficácia, salvo quanto algumas questões subordinadas à revisão por órgão judicial superior. O raciocínio é completado aqui com a exposição sobre o alcance do trânsito em julgado e a sua possível fragmentação nos casos de pluralidade de fatos e réus no mesmo processo.

Como consequência, tentamos estabelecer uma nova amplitude para a execução provisória penal, deixando em aberto de seus limites. Para tanto, hipotetizamos eventuais situações de trânsito em julgado parcial teorizando sobre suas consequências diante do atual quadro legal.

Sobre a vedação do efeito suspensivo nos recursos extraordinários, buscamos acrescentar e reorientar os paradigmas que, acreditamos, devem comparecer numa análise mais completa de tão complexo tema.

Perceptível que não houve nem há pretensão de esgotar a abordagem dessas questões, apenas a inquietude de problematizar aspectos práticos e assim desvelar, quem sabe, novas possibilidades sobre conceitos consagrados com o intuito de alargar a discussão.

## 7 CONCLUSÃO. A BUSCA PELA RACIONALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL E A ACOMODAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROPOSTAS E JUSTIFICATIVAS.

Em todo sistema de conhecimento há uma busca por uma integração racional dos seus componentes de modo a potencializar a qualidade dos trabalhos e, por consequência, dos resultados.

No direito nem sempre é fácil realizar a integração de seus institutos jurídicos. No direito processual penal, em particular, essa tarefa é árida na medida em que a construção desse sistema deu-se, ao longo do tempo, de forma fragmentária. Muito da dificuldade hermenêutica na construção de soluções jurídicas razoáveis decorre disso. Dessa sucessão infindável de leis que tentam salvar um Código de Processo Penal carcomido pelo tempo e distante, em vários aspectos, da matriz constitucional.

Compreensível, assim, a tarefa hercúlea dos Tribunais para compor todos os interesses sociais, políticos e econômicos utilizando um sistema legal que sempre parece estar à beira do colapso.<sup>327</sup>

No presente trabalho buscamos resgatar várias questões que, de uma maneira ou de outra, relacionam-se com dois temas constitucionais: a presunção da inocência e a efetividade da prestação jurisdicional.

Por isso, iniciamos o trabalho com os lineamentos básicos que justificam o direito penal, expondo as principais ideias sobre as teorias da penas, as críticas que elas e o próprio direito penal, vêm suportando há algum tempo. Não obstante, constatamos, ao final, a adoção e incorporação legislativa dessas teorias (preventiva geral e especial) pelo ordenamento brasileiro. No mesmo capítulo inicial, destacamos o duplo caráter instrumental do processo penal e sua relevância na garantia dos direitos individuais e para efetivação do direito penal.

Ao abordar esses temas, pretendíamos não perder de vista a base que sustenta todo sistema jurídico penal, sendo que a partir dessa concepção inicial do direito punitivo, pensamos, seria mais simples identificar eventuais elementos concordantes e contrastantes, os quais se revelariam nos capítulos seguintes.

Passamos a estudar a presunção da inocência e seu desenvolvimento, sua gênese histórica no direito constitucional comparado. Na sequência, buscou-se sua construção constitucional e uma vã tentativa de encontrar uma *mens legislatoris* para, através dela,

---

<sup>327</sup> Quem sabe não seja por isso que Dworkin, em seu *Levando os direitos a sério*, chame de Hércules, o jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas que o auxilia na resolução dos casos difíceis (Obra citada, p. 164/203).

encontrar alguma pista a auxiliar no estudo sobre a amplitude de incidência da presunção de inocência.

Não obstante, analisamos o tema de forma detida o que nos permitiu estatuir alguns questionamentos sobre os limites da positivação constitucional da presunção da inocência e sua análise dogmática. Através do enfoque doutrinário e jurisprudencial, buscamos elucidar limites, matérias e destinatários desse direito fundamental.

Concluída essa etapa, centramos nossa atenção na questão da aplicação da presunção da inocência no processo penal, fundamentalmente sobre sua influência na execução da sentença penal condenatória submetida a recurso especial ou extraordinário. Antes, porém, fez-se necessário (re)visitar um tema diretamente afetado por tal questão: a natureza jurídica da sentença criminal proferida pelas instâncias ordinárias e sua efetividade. Apontamos o que acreditamos ser um equívoco da doutrina no que se refere à efetividade da sentença condenatória fruto quiçá de uma transposição sem muito refletir do instituto no processo civil. Durante os estudos, algumas dúvidas nos assaltaram, fazendo objetar a tratativa doutrinária do tema. Pareceu-nos que, em alguns aspectos específicos, a abordagem da matéria é elaborada de forma insuficiente. Em razão disso, valendo-nos de alguns exemplos tópicos, propusemos algumas questões que pensamos, ao menos, merecem melhor enfrentamento.

Com essa postura mais propositiva, adentramos o tema que traduz o título do presente trabalho, o estudo do nosso complexo sistema recursal e como ele interfere na jurisdição penal. Inicialmente, trouxemos uma visão panorâmica dos recursos penais e sua correlata tramitação nos Tribunais, expondo algumas claras incongruências desse sistema através da exposição roteirizada de alguns casos concretos.

Por oportuno, efetuamos um aprofundamento sobre o tema do trânsito em julgado no processo penal brasileiro e pudemos perceber a fragilidade, quase inexistência, de um conceito seguro. Em seguida, problematizamos questões práticas, referentes a processos com diversidade de objetos e sujeitos, ou seja, processos com variedade de crimes e pessoas imputadas, a sugerir a existência de uma coisa julgada parcial.

Por esse novo conceito, hipotetizamos a possibilidade de uma execução parcial provisória, sua adaptabilidade aos ditames constitucionais e sua eventual viabilidade legal.

Finalmente, confrontamos o efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário e a forma como o Supremo Tribunal Federal tratou o tema no julgamento do HC n. 84.078/MG, tentando extrair desse julgamento suas prováveis consequências. Constatamos que o julgamento foi norteado pela redação constitucional da presunção de inocência, contudo ponderamos a necessidade em se estabelecerem outros paradigmas para melhor balizar as

discussões sobre o tema. Nessa linha, refletimos sobre os dispositivos legais confrontados que vedavam o efeito suspensivo e os eventuais motivos constitucionais que os conformam, observando que tais dispositivos legais também consagram direitos fundamentais como da duração razoável do processo e da efetividade da jurisdição.

Identificado o problema, pensamos que se deve determinar adequadamente em quais circunstâncias a efetividade da jurisdição pode restringir o princípio da presunção da inocência e, acreditando ser isso possível, em quais circunstâncias e de que modo (como e quando) isso pode ocorrer.

Foi aventado que a decisão daquele julgado proferido em controle difuso, segundo a sistemática constitucional atual, não possui efeito vinculante, logo os dispositivos legais objetos continuam vigentes para todos os fins.

Diante dos precedentes atuais, como, por exemplo, o exarado em relação à Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10) nas ADCs ns. 29 e 30 e ADI 4578, reconhecendo efeitos definitivos (passíveis de suspensão, diga-se) para as decisões dos órgãos judiciais colegiados, pensamos que a vedação dos efeitos suspensivos ao recurso especial e extraordinário merece uma nova análise pelo Supremo Tribunal Federal, preferencialmente, por processo concentrado, com a possibilidade de manifestação das casas legislativas e do Poder Executivo, audiências públicas, *amicus curiae*, possibilitando a ampliação do debate.<sup>328</sup>

A futura decisão sobre o tema deve abandonar posturas ideológicas, voluntaristas ou decisionistas,<sup>329</sup> refletindo detidamente sobre todos os argumentos referidos e outros que venham a se apresentar, aspirando sempre à decisão mais justa sobre o tema.

Afinal, como lembra Larenz:<sup>330</sup>

A globalidade de ordem jurídica está submetida à exigência obrigatória de justiça, a partir da qual, apenas, é capaz de justificar em última instância a sua pretensão de validade (em sentido normativo). É lícito supor na lei a tendência para possibilitar soluções que satisfaçam a justiça. O juiz civil entendendo por resolução “justa” do caso aquela que dê conta do interesse legítimo de ambas as partes, estabelecendo uma ponderação equilibrada dos interesses e que por isso

<sup>328</sup> Como defende Häberle: “No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (**Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13).

<sup>329</sup> STRECK. Verdade. Obra citada, p. 220. O autor assevera: “Não se pode – e não se deve – confundir adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes ou tribunais. Seria antidemocrático. Em síntese, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”. Na mesma linha Larenz observa: “Para alguns juízes é óbvia a tentação a deixar de lado, devido a esta meta de justiça, o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei para retirar sua resolução diretamente de seu ‘arbitrio’ judicial, do seu sentimento de justiça aguçado pela sua actividade judicial do seu próprio entendimento do que é aqui ‘justo’ e ‘equitativo’. A fundamentação da resolução obtida efectua-se posteriormente, sendo que aí é a meta, precisamente a resolução antecipada, que determina o percurso. Qualificamos anteriormente este procedimento como não legítimo, pois que não toma a lei como bitola do achamento da resolução e ainda compõe o perigo da manipulação judicial da lei”. (Metodologia. Obra citada, p. 493).

<sup>330</sup> Metodologia. Obra citada, p. 492.

pode ser aceita por cada uma das partes, na medida em que também considera adequadamente o interesse da parte contrária. Mesmo que esta meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral.

Porquanto, como esclarecem Streck e Coppetti:<sup>331</sup>

Há uma exigência de unidade e integração a ser cumprida pela Constituição, num âmbito normativo em que valores e princípios com diferentes origens históricas e com dessemelhantes funções institucionais devem coexistir e ser compatibilizados dentro de uma base material pluralista. A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente. Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tratou de conferir um alto grau de verossimilhança. É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados, mediante soluções históricas e contextualizadas que permitam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado.

Enquanto não enfrentada a questão, pelo Pretório Excelso em controle amplo, ousamos apresentar algumas propostas para o enfrentamento do tema, mas antes, precipitaremos nossas justificativas.

Como se sabe, e se pretendeu demonstrar, a ineficiência da atividade jurisdicional, traduzida informalmente por uma morosidade da Justiça, é um problema essencial no Estado de Direito que enfraquece a credibilidade da sociedade em suas instituições políticas. Essa situação de ineficiência, como visto, foi objeto de diversas discussões quando ainda se confeccionava nossa Carta constitucional, sendo que, diante da percepção do problema, optou-se por uma necessária resposta legislativa que afastou dos recursos extraordinários o chamado efeito suspensivo (art. 27, § 2º, Lei n. 8.038/90). No entanto o Supremo Tribunal Federal entendeu no julgamento do HC n. 84.078/MG que essa vedação era ofensiva ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Não obstante, continuaram os movimentos políticos no sentido de vedar tais efeitos, sendo que o então presidente do Supremo Tribunal Federal apresentou uma proposta de emenda constitucional, para que o afastamento do efeito suspensivo tivesse força constitucional, a chamada “PEC dos Recursos”.

Observam-se, ainda, propostas de alteração legislativa para “solucionar” o problema, como a inserida no anteprojeto do Código de Processo Penal (PLS n. 156/09) que,

<sup>331</sup> STRECK, Lenio Luiz e COPPETI, André. *O Direito Penal e os Influxos Legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?* Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS. São Leopoldo, 2003, pp. 228.

incrivelmente, estabelece “interposto o recurso extraordinário e/ou o recurso especial, o prazo prescricional ficará suspenso até a conclusão do julgamento” (art. 505, § 3º).

Acreditamos que a questão independe de alteração legislativa de ordem constitucional ou infraconstitucional. Pensamos que o problema não é texto de lei do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, mas a interpretação que se faz (ou que se fez) dele.

Afinal, como acentuou Kriele, citado por Larenz:<sup>332</sup>

Nem a aplicação da lei, no sentido de mera subsunção, nem os ‘métodos’ tradicionais da interpretação são suficientes para alcançar sempre a decisão ‘justa’ e simultaneamente conforme o direito vigente. Cada decisão tem, ao invés, de poder ser justificada como jurídica-racional, e isso, antes do mais, por via do discurso.

Assim, a reflexão sobre cada caso em análise é que poderá estabelecer quando um recurso extraordinário (no sentido *lato*) albergará ou não efeito suspensivo. Como asseverado acima, por mais que se aceite atualmente a objetivação das decisões da Suprema Corte, os dispositivos que vedam o efeito suspensivo para o recurso especial e extraordinário continuam vigentes, o que não impede, de forma alguma, a concessão excepcional de efeito suspensivo ao recurso, quando verificado, no caso concreto, essa possibilidade. Não se pode esquecer que os juízes podem conceder *habeas corpus* de ofício quando se depararem com uma situação caracterizadora de constrangimento ilegal.<sup>333</sup>

Em resumo, “só a casuística nos faz saber o que é o Direito”.<sup>334</sup> O efeito suspensivo deve ser concedido ou não em consonância ao exposto no caso concreto, não se mostrando acertada a posição atual de atribuir efeito suspensivo de forma genérica para todo e qualquer recurso apresentado.

Por isso, vemos como acertada a posição de Canaris, exposta por Coelho:<sup>335</sup>

Sem imporem aos seus operadores uma única decisão correta e justa (*one right answer*), eles (os princípios) admitem convivência e conciliação de princípios eventualmente concorrentes, que ofereçam razão para soluções em contrário, tudo num complexo jogo concertado de complementação e restrição recíprocas e num processo dialético, que se iniciam no momento da sua aplicação às situações da vida e que se concluem quando o intérprete, concretizando-as, logra apreender o sentido e o alcance dessas pautas axiológicas.

Apesar do horror ao casuísmo<sup>336</sup> professado por alguns juristas, não vemos como deixar de analisar as questões particulares de cada caso, para estabelecer, assim, a eficácia da

<sup>332</sup> LARENZ. Metodologia. Obra citada, p. 204.

<sup>333</sup> No caso, para suspender a execução da decisão até a solução definitiva do julgamento.

<sup>334</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 193.

<sup>335</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>336</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 73.

sentença. Nesse sentido, a posição de Kuttner, citado por Ovídio Batista da Silva, o qual buscava “resolver importantes e básicos problemas de eficácia das sentenças mediante o estudo particular, caso por caso”.<sup>337</sup>

Oportuno destacar, a lúcida posição de Silva:<sup>338</sup>

O que os processualistas têm a dizer, ao aproximarmos-nos do final do século XX, depois de tudo o que se escreveu, especialmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, é que nessa controvérsia entre positivistas, no fundo os mais radicais jusnaturalistas modernos, e as demais correntes que procuram solucionar os problemas do direito mediante uma metodologia peculiar às chamadas impropriamente ciências sociais (impropriamente chamadas enquanto, enquanto se lhes contrapõem as ditas ciências da natureza, pois também as primeiras participam desta condição) é que o pêndulo da história nos conduz inexoravelmente no sentido de aproximar a ciência do Direito da História e não da geometria ou da física; e, pois as soluções de nossos problemas não de ser buscadas nessa *'pazientissima indagine caso per caso'*. E as questões sempre controvertidas e jamais resolvidas da eficácia da sentença contra terceiros terão de ser estudadas com uma nova óptica e com o concurso de um novo método de pesquisa que nos impõe a superação de alguns tabus e certas renúncias ao desejo de muitos juristas de construir sua ciência com o rigor das ciências matemáticas e governadas por leis imutáveis e gerais como as leis que governam a física (aliás, o dogma da perenidade e imutabilidade das mais respeitáveis leis que até agora regeram as ciências naturais é a negação mais ressonante da física contemporânea).

Na questão da atribuição de efeito suspensivo, não temos, pensamos, outro caminho senão percorrer os casos concretos em busca de soluções particulares que a eles se ajustem e se expliquem racionalmente.

Nessa linha, confirmada a sentença condenatória pelas instâncias ordinárias, abrem-se as seguintes possibilidades. Interposto o recurso especial ou extraordinário ou ambos, caberia ao presidente do Tribunal *a quo*, responsável pelo juízo de admissibilidade inicial, analisar o caso concreto, os argumentos recursais para, então, recebendo o recurso, determinar se é o caso de atribuir efeito suspensivo ou determinar a execução do julgado. Rejeitado o recurso, por falta de plausibilidade do direito ou por qualquer outro impeditivo legal, como consequência, ocorreria a execução do julgado. Nesse caso, a parte insatisfeita poderá apresentar agravo, buscando a análise do caso em superior instância, requerendo a aplicação do efeito suspensivo em caráter cautelar ou mesmo interpor, conjuntamente, *habeas corpus* pleiteando a medida, cabendo então, agora, ao ministro da superior instância a análise do caso e atribuição ou não de efeito suspensivo, o que poderá ser objeto de agravo regimental pela parte insatisfeita (próprio recorrente se negado, ou Ministério Público quando entender indevidamente concedido). Observe-se que hipótese semelhante foi prevista pela Lei Complementar n. 135/10, ao admitir atribuição de efeitos suspensivos para os casos de

<sup>337</sup> Idem, p. 72.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 73.

declaração de inexigibilidade de candidato. Assim, ocorre, igualmente, nos principais países do mundo (Estados Unidos da América, Argentina, Espanha, Portugal entre outros), sendo o efeito suspensivo nos recursos excepcionais analisados pela Corte Constitucioal, considerando a plausibilidade das alegações recursais.

Observe-se, inclusive, a possibilidade de modular esse efeito suspensivo, nos casos, por exemplo, em que discutido o regime inicial do cumprimento de pena, poderá o presidente do Tribunal de instância ordinária ou o ministro, quando séria e fundada a divergência apontada, determinar que se inicie o cumprimento em regime mais brando, podendo futuramente ser retificado o regime de cumprimento da pena. O mesmo raciocínio é válido quando se discutir, nos casos de concursos de crime, a culpabilidade em relação a apenas um dos crimes julgados.

Entendemos ser essa a interpretação que melhor acomoda as orientações constitucionais, evitando-se o prolongamento indevido do desfecho do processo que, muitas vezes, enseja casos clamorosos de impunidade.

Enfim, não se pode ser arrogante e se pensar infalível, “ordenando cega e automaticamente a detenção do acusado”,<sup>339</sup> mas não se pode ser ingênuo e tolerar toda hipótese de manobra processual tendente a burlar o escopo da jurisdição.

Finalizamos, comungando um pensamento do mestre Tornaghi:<sup>340</sup>

A conciliação de todos os valores do indivíduo e da sociedade e de todos os fatores instrumentais e finalísticos é problema de composição de forças que a mecânica não pode resolver, mas o Direito sim, mercê de organização social e da disciplina jurídica. Parodiando a máxima segundo ‘fora do espírito da Igreja não pode haver salvação’, poderia dizer-se que fora dessa regulamentação da vida em sociedade, que é o Direito, não há segurança nem justiça.

<sup>339</sup> BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória no art. 310 e seu parág. Único do Código de Processo Penal**. Tese de concurso para professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 1981, p. 14.

<sup>340</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**, 1º Volume, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 9.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal, Ação e Jurisdição**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

ANJOS, Fernando Venice dos. **Teoria Unificadora Dialética e Direito Penal Brasileiro**. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 173. Abril de 2007, p 9/10.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

AZAMBUJA, Carmem Luiza Dias de. **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal - Tomo I**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Duas impropriedades técnicas da Lei de Proteção à Mulher**, Brasília: Revista Jurídica Justilex, Ano 6, n. 61, p. 69/70.

BARROSO, Luis Roberto, **Temas de Direito Constitucional**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos**. *Migalhas*, São Paulo, 27 nov. 2008, p. 13. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mig\\_imprimir\\_sem\\_imagem.aspx?cod=74424](http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=74424)>. Acesso em 28 nov. 2012.

BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, Vol. 2**, São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Série Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Weber Martins. **O princípio constitucional de inocência; Recurso em liberdade, antecedentes do réu.** Rio de Janeiro: Revista Forense Comemorativa – 100 anos – Tomo VII, 2004, p. 633/649.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLINA, Helena Magalhães. **Razão de ser, significado e conseqüências do princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº 2, da CRP).** Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Vol. 70. 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional, 26ª Ed.,** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação da Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009 (Série IDP).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada,** 2ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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 de Mestrado na Universidade Federal do Paraná, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo.** In CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pena e Garantias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume II, Trad. Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1943.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **A polêmica dos artigos não votados da Constituição de 1988: Normas constitucionais inconstitucionais?**, p. 12. Disponível em <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_racion\\_democ\\_claudio\\_colnago.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_claudio_colnago.pdf)>. Acesso em 27 de nov. 2012.

CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **Caso Julgado e Poderes de Cognição do juiz**. Coimbra: Coimbra.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Pena Privativa de Liberdade (Passado, Presente e Futuro)**, Revista da EMERJ, v. 11, n. 44, 2008, ps. 42/67.

CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Introdução Constitucional à Constituição Européia**. Disponível em <<http://www.hottopos.com/videtur23/pfcunha.htm>>. Acesso em 22 de janeiro de 2013.

DELMANTO JR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, RJ/SP: Renovar, 2001.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª Ed., 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução: Nelson Boeira, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**; tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPINOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro comentada**, Vol. I, São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos S/A, 1943.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, Vols. I e III, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

FERNANDES. Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 3ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: a Teoria do Garantismo Penal**. Trad: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, Vol. 1, 1997.

FISCHER, D. **A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC nº 84.078-MG**. In: Leandro Paulsen. (Org.). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário - Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, v. 1, p. 237-257.

\_\_\_\_\_. **Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição**. Uma análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Revista de Direito Público*, v. 25, p. 7-30, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**, Trad. Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica)**. *Revista do Advogado*, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 31/51.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZIOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica**, (Coleção Ciências Criminais; Vol. 4, Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência** in *Temas Atuais de Advocacia Criminal*, São Paulo: Etna, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**, 4ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional**. *Revista de Direito Público – IDP*, nº 2 – Out-Nov-Dez/2003 – Doutrina Estrangeira, p. 82/137.

HECK, Luís Afonso. **O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 124, outubro/dezembro, 1994. p. 121/147.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad.: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRECHE, Gamil Föppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2004.

HULSMAN, Louk, e BERNART DE CELIS, Jaqueline. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JOBIM, Nelson. **A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisão Provisória** (série Escritos Sobre a Liberdade, Vol. 6), Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia *et al.* **Curso Livre de Abolicionismo Penal**, Rio de Janeiro: Revan, 1ª Ed, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trad. João Baptista Machado; 6.º Ed., São Paulo: Martins Fontes; 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito: o direito e o processo à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 73/74.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, Vol II, Rio de Janeiro: *Lumen Júri*, 2009.

\_\_\_\_\_. **(Re)Discutindo o Objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, SP: RT, ano 10, n. 39.

LOPES JR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal - Tomo I - Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto SRL, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Sao Paulo: RT, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Editora RT, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I.**, Campinas, São Paulo: Milennium, Revista e atualizada por Eduardo Reali Ferrarri e Guilherme Madeira Dezem, 3ª atualização, 2009.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Processual Penal**, Vols. II e III, Campinas: Bookseller, 1997.

MELO GOMES, Marcus Alan. **Mídia, poder e delinquência**, São Paulo: Boletim do IBCCrim, ano 20, n. 238, Set de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo III, Coimbra (PT): Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes. **Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões**, Rio de Janeiro: Borsóí, 1957.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro. Forense. 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Recursos em Matéria Penal**, 4ª Ed.; Barueri: Manole, 2006.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, **Curso Completo de Processo Penal**, São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 1964.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. **Segurança: Um direito humano para ser levado a sério**. Em Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito n. 11, Recife, 2000, p. 244/265.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Tratado de Derecho Proceso Penal**. Buenos Aires: Ediar S. A. Editores, 1960.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

PALMA, Maria Fernanda (coordenadora). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PELUSO, Cesar. **Mitos e Recursos**. In: Folha de São Paulo, caderno "Tendências e Debates", 08/05/2011.

PEREIRA, Ruy C. Nunes, **As funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no regime federativo (Recursos Extraordinário e Especial)**, in ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 1, p. 23-29, jan. 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 144/159. SANTOS.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**, tradução Claudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ LOBO, José Maria. **Princípios de Derecho Sancionador**, Granada: Editorial Comares, 1996.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida**, São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos Direitos**, 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

RODRIGUEZ LL. M., Javier Llobet. **La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según doctrina alemana)**. Revista de Derecho Procesal. n. 2, Madri: Eredersa, 2004.

ROSSI, Jorge Eduardo Vasquez. **Derecho Procesal Penal, Tomo I, Conceptos Generales**, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**, tradução Gabriela E. Cordoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editora del Puerto SRL, 2000, p. 434.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**, Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª Ed., Lisboa: Ed. Lisboa, Coleção Veja Universitária, 1998.

SABATINI, Guglielmo. **Principi i diritto processuale penale**, Vol. I, 3ª Ed. Catania(IT): Casa Del Libro, 1948.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Direitos Fundamentais e Democracia: o Debate Habermas – Alexy**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**, 4ª Ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARMENTO, Daniel. **21 Anos de Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988**. Revista de Direito Público, Vol. 1, n. 30 – Nov/Dez/2009.

SASSANI, Bruno, **Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele**, Milão: Giuffrè Editora, 2010.

SCHMIDT, Eberhard. **Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal**, 2ª Ed., Trad. Castellana Jose Manuel Nuñez, Cordoba (Ar): Lerner Editora SRL, 2008.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, 7ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SOARES, Carlos Henrique, **Coisa Julgada Inconstitucional**, Coimbra (PT): Almedina, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_ e COPPETI, André. **O Direito Penal e os Influxos Legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?** Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS. São Leopoldo, 2003, pp. 225-295.

STUCCHI, Patrícia. **O enfoque constitucional da decisão de pronúncia in Processo Penal e Garantias Constitucionais**, Marco Antônio Marques da Silva (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

TELLA, Maria José Falcón y e TELLA Fernando Falcón y. **Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?** Tradução Claudia Miranda de Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**, 1º Volume, São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, 4º volume**, 29ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal, 1º volume**, 31ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo, Regrimentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogerio Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito Processual Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Público**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VERDUGO M, Mario, e outros. **Derecho Constitucional, Tomo 1**, Santiago(CH): Edit. Jurídica de Chile, 1995.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

VIEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães. **A publicidade e suas limitações: A tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**, Tese de Mestrado, USP, 2010.

VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Editora Leya, 2011.

VILLELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VIVES ANTÓN, T. S. **El proceso penal de la presunción de inocencia** in **Jornada de Direito Processual e Direitos Fundamentais**, Coord. Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004.

VOLOKH, Alexander. *n Guilty Men*. Disponível  
<<http://www2.law.ucla.edu/volokh/guilty.htm#T128> > Acesso em 26 de março de 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editora Ediar, 5ª Ed., 1986.

ZAFFARONI, E. Raúl e OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**, vol I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.