



Opinião: execução provisória e o argumento do direito comparado

O princípio do estado de inocência encontra-se difundido pelo mundo inteiro, com grande acolhida em diplomas internacionais. A título exemplificativo, tem-se: 1º) o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos [\[1\]](#); 2º) o artigo 6º, 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem [\[2\]](#); 3º) o artigo 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [\[3\]](#); 4º) o artigo 8, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) [\[4\]](#); 5º) o artigo 7º, 1, b, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos [\[5\]](#); 6º) o dispositivo V, a, da Declaração dos Direitos Humanos no Islã [\[6\]](#); e 7º) o artigo 48, 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [\[7\]](#). A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, conhecida por Convenção de Manágua, também aborda o princípio da não culpabilidade em seu artigo I, 3 [\[8\]](#).

Em diplomas nacionais, o grau de positivação do princípio do estado de inocência é variado entre os países. Veja-se o quadro abaixo, formulado a partir dos dados fornecidos pela pesquisa de Barbagalo [\[9\]](#):

O grau de positivação do princípio da não culpabilidade nos diversos países

Sem positivação	Positivação genérica	Proteção até a comprovação da culpa	Julgamento definitivo
Alemanha, Chile, Estados Unidos da América e Uruguai.	Espanha e Paraguai.	Canadá, México, Peru e Venezuela.	Itália, Portugal e E

No ordenamento jurídico pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988 – CRFB, o princípio da não culpabilidade existia apenas de forma implícita [\[10\]](#). Nada obstante, é certo que, tamanha a sua envergadura, mesmo que ele não contasse com quaisquer positivações, seria, ainda, garantia fundamental: “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto” [\[11\]](#). Inclusive, essa é a interpretação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha relativamente à Lei Fundamental alemã de 1949 [\[12\]](#).

Todavia, a positivação do princípio de estado de inocência na CRFB trouxe uma vantagem inegável, compartilhada, entre outros, por Brasileiro de Lima [\[13\]](#), apesar de bastante esquecida no bojo dos recentes debates acerca do princípio em tela. A CADH prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no Direito interno dos países signatários (artigo 29, b).

Como a lei maior é claríssima ao estabelecer, em seu artigo 5º, LVII [\[14\]](#), que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado de inocência de que todos gozam, seu caráter mais amplo e protetivo deve prevalecer sobre o teor da CADH, a qual protege a presunção de não culpabilidade somente “até a comprovação legal da culpa” (artigo 8, 2), que, a depender do ordenamento jurídico do Estado-Parte, pode ocorrer antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Portanto, o artigo 29, *b*, da CADH, impede que o teor do seu artigo 8, 2, prevaleça sobre a redação do artigo 5º, LVII, da CRFB.

Em adição à vantagem acima, vale lembrar que, no Brasil, autores de escol defendem a aplicação da teoria do duplo estatuto^[15], segundo a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, não ratificados em votação semelhante à das emendas constitucionais (artigo 5º § 3º, da CRFB^[16]), não possuem *status* igual ao dos dispositivos previstos na lei maior, embora estejam acima das leis ordinárias. Em outras palavras, com base nessa teoria, a presunção de não culpabilidade prevista na CRFB prevalece sobre as disposições da CADH, as quais possuem *status* inferior.

Há uma corrente de pensamento, contudo, que defende a força de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no Brasil^[17], pois o artigo 5º § 2º, da CRFB^[18], teria desatado ou aberto o ordenamento constitucional para o influxo de direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais, de modo a contemplar tanto uma fonte interna dotada de força constitucional (CRFB) quanto uma fonte internacional (tratados internacionais sobre direitos humanos).

Nada obstante as considerações acima, a partir do julgamento do HC n.º 84.078/MG^[19], o chamado *argumento de direito comparado* surge no STF com bastante força. Tal argumento defende que a maioria dos países democráticos possibilita o cumprimento da pena após a segunda instância, garantindo apenas o duplo grau de jurisdição, havendo casos, inclusive, em que a execução antecipada da pena ocorre a partir da sentença condenatória de primeira instância.

Em seu voto no HC n.º 84.078/MG^[20], a ministra Ellen Gracie asseverou que, mesmo em países de reconhecido histórico democrático, a exemplo do Reino Unido, a regra é a de que o réu seja recolhido à prisão a partir da decisão condenatória de primeiro grau^[21].

Ocorre que, como a própria ministra afirma em seu voto, ao citar as palavras do ministro Francisco Rezek no HC n.º 71.026/SP^[22]:

Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.

Dito isso, uma importante observação merece ser posta. Utilizando a linha argumentativa da própria ministra Ellen Gracie, ao citar o ministro Francisco Rezek, nota-se que o problema não reside na “tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória”, e sim, na “nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva”, responsável por impedir que o trânsito em julgado ocorra com a desejada rapidez. Ao buscar as lições do ministro Francisco Rezek, os termos do voto da ministra Ellen Gracie assumiram uma grande quantidade de *incoerência*, pois, para o ministro, o problema é a “prodigalidade recursiva”, a lentidão, a morosidade processual, e não a exigência de trânsito em julgado.

Em que pese a referida incoerência, o *argumento de direito comparado* ainda é frequente, diante das

diversas experiências estrangeiras democráticas acerca da positivação do estado de inocência. Em seu voto no recente HC n.º 152.752/PR[23], o ministro Luiz Fux pontuou que:

[...] na maioria dos países democráticos, o título condenatório constitui fundamento suficiente para o encarceramento, dotado de força legitimadora *per se*, sem submetê-lo a fundamentos cautelares característicos da prisão que antecede o julgamento de mérito.

Acontece que, como demonstrado alhures e pontuado por Badaró em artigo publicado na Conjur[24], os constituintes de 1988 seguiram os modelos italiano e português, que exigem solução definitiva para a formação da culpa penal, além do que, é consabido, a Constituição brasileira não deve ser submetida a ordenamentos jurídicos alienígenas. Como os demais, o Estado brasileiro é soberano, e, por isso, dotado de independência de origem externa.

A soberania de um Estado pode ser enxergada tanto sob o ponto de vista interno quanto externo. Husek [25] divide a soberania em supremacia interna – em seu território, o Estado exerce poder de modo incondicionado – e independência de origem externa – impossibilidade de o Estado ter seu poder subjugado. Portanto, o Estado brasileiro não reconhece nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício, de forma plena e exclusiva, de suas competências[26], incluindo-se, por certo, o marco temporal exigido constitucionalmente para o reconhecimento da culpa penal em *terrae brasilis*.

É verdadeiro dizer que, com o advento da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, supera-se a dicotomia outrora existente entre direito interno e o direito internacional, de modo que o conceito de *soberania* passa a ser interpretado conjuntamente com o *dever de cooperar*. Afinal, segundo o artigo 27 da Convenção de Viena, “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Todavia, como já salientado, a própria CADH prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de *restringir* ou *limitar* a aplicação de normas mais amplas que existam no Direito interno dos países signatários. Como a CRFB é clara ao dispor que apenas o *trânsito em julgado* de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado de inocência, seu caráter mais *amplo* e *protetivo* deve prevalecer sobre o teor da CADH.

Portanto, até onde se pode ver, o próprio direito internacional *garante* a prevalência da Constituição brasileira no tocante ao marco temporal do estado de inocência, o que evidencia a *estranheza* do chamado *argumento de direito comparado*, comumente empregado por alguns ministros do STF ao apreciarem a execução provisória do acórdão condenatório recorrível.

[1] “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

[2] “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.



- [3] “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.
- [4] “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.
- [5] “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente”.
- [6] “Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente”.
- [7] “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.
- [8] “Sentença: a decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, a privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outras formas de supervisão sem detenção. Entende-se que uma sentença é definitiva se não estiver pendente apelação ordinária contra a condenação ou sentença no Estado Sentenciador, e se o prazo previsto para a apelação estiver expirado”.
- [9] BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais* : em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015, p. 46.
- [10] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 19.
- [11] CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, para que(m)? In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.
- [12] BARBAGALO, op. cit., p. 43.
- [13] BRASILEIRO DE LIMA, op. cit., p. 19-20.
- [14] “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
- [15] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 434.
- [16] “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.



[17] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, § 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1113.

[18] “Os direitos e garantias expressos 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”.

[19] *Idem*.

[20] STF (Supremo Tribunal Federal). *Habeas corpus n.º 84.078/MG*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em: out. 2019.

[21] A comparação entre países com sistemas constitucionais diversos produz resultados incongruentes, distorcidos. Em alguns casos, há uma Corte Constitucional, como na Alemanha; em outros, uma Suprema Corte, a exemplo dos Estados Unidos da América; ou há ainda, como no caso do Brasil, uma “mistura” dos dois.

[22] STF (Supremo Tribunal Federal). *Habeas corpus n.º 71.026/SP*. Brasília, 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166880>. Acesso em: out. 2019.

[23] STF (Supremo Tribunal Federal). *Habeas corpus n.º 152.752/PR*. Brasília, 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: out. 2019.

[24] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado*. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2018, p. 3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em out. 2019.

[25] HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: LTr Editora, 2010, p. 200.

[26] REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 260.

Date Created

17/10/2019