

ESTADO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Fernando Capez é Procurador de Justiça do MP paulista, mestre pela USP, doutor pela PUC-SP, coordenador da Uninove, professor da FAM, autor de diversas obras jurídicas, foi deputado estadual por três mandatos e presidente da Assembleia Legislativa de SP. Atualmente, é diretor executivo do Procon-SP.

Hans Robert é Professor de Direito Penal e Processo Penal da Uninove e advogado criminalista.

1. Considerações iniciais; 2. O princípio do estado de inocência; 3. Presunção de inocência e prisão cautelar; 4. (in)constitucionalidade da execução provisória da pena; 5. Conclusões

1. Considerações iniciais

CESARE BECCARIA, em 1764, insuflado pelos postulados iluministas, ao tratar da tortura, em sua obra magistral *Dos Delitos e das Penas* afirmava: *“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força, pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado”*.¹

O STF, por maioria de votos, autorizou a execução provisória e a prisão antecipada sem instrumentalidade acautelatória do processo. Limitou o alcance do princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII) e equiparou decisão colegiada de segundo grau recorrível a encerramento definitivo do processo (HC n.º 126.292/2016, rel. Ministro Teori Zavascki do STF²). Em matéria de direitos fundamentais, retrocedeu em relação à jurisprudência da própria Corte (HC n.º 84.078-7/2009, rel. Ministro Eros Grau, informativo n.º 534), o qual já havia concluído que, enquanto não houvesse o trânsito em julgado da condenação, não seria possível a execução provisória da pena.

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 2.ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 37.

² Cf., ADCs. 43, 44 e 54, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, do STF.

A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua constante luta contra os abusos do Estado, baseado nos postulados jurídicos, filosóficos, doutrinários e políticos do Iluminismo e assegurado expressamente do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, e mais tarde, na Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, como reação aos abusos cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas (Art. 11: “todo ser humano acusado de crime, sem exceção, tem direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento no qual lhe tenham assegurado todas as garantias necessárias à sua defesa”).

O princípio do estado de inocência mostrou-se também presente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, art. 8º, item 2, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 678/92), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 592/92.

2. O princípio do estado de inocência (não-culpabilidade)

O princípio do estado de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII da CF, o qual dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Considerado cláusula pétrea pelo constituinte originário (Cf. art. 60 §4º, inciso IV da CF), desdobra-se em três aspectos importantes: (I) instrução (o ônus da prova incumbe à acusação); (II) valoração (em benefício do acusado - *in dubio pro reo*); (III) excepcionalidade da prisão³.

³ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Trata-se do estado de inocência como norma probatória, de juízo e de tratamento⁴. Rodrigo Capez anota que “no campo processual penal, devem ser destacadas no art. 5º da CF, as seguintes garantias: (a) ninguém será privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal (LIV); (b) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); (c) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI); (d) a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV); (e) ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI). Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, conclui-se que essa liberdade constitui a regra a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória”⁵.

A CF determina que o cidadão tem direito de não ser tratado como se culpado fosse, antes do esgotamento de todas as vias recursais (Cf. art. 5º, inciso LV, *in fine* da CF c/c., art. 8º, item 2, alínea “h” da CADH). A valoração da prova não se esgota com o julgamento em 2º grau de jurisdição (art. 593 do CPP), cabendo ao STJ, por exemplo, avaliar se o compêndio probatório considerado suficiente pelo órgão jurisdicional de segunda instância, foi valorado corretamente.

Nesse sentido, nossa CF é mais avançada que muitas legislações internacionais, na medida em que a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, artigo 8.º item 2) permite que a presunção de inocência deixe de ser aplicada se já comprovada a culpa, mesmo antes do trânsito em julgado. Por outro lado, o mesmo Pacto de San José da Costa Rica prevê expressamente que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados para restringir normas mais amplas do direito doméstico dos países signatários (vide art. 29, “b”)⁶. Assim sendo, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável, que no caso é aquela constante do art. 5º, inciso LVII da CF.

⁴ Zanoide de Moraes. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 358-364. Gomes Filho. Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37

⁵ Capez. Rodrigo. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro. São Paulo. 2015. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo.

⁶ Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: Volume único*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 44.

Mostra-se, portanto, inadequado invocar as experiências jurídicas em outros Estados democráticos, a pretexto de reduzir as garantias constitucionais em nosso país. É importante observar o princípio de política criminal de respeito às autonomias culturais, como bem retratado por ALESSANDRO BARATTA, de modo que não se pode importar os sistemas penais dos países desenvolvidos para limitar nossa Constituição.

Todo nosso arcabouço infraconstitucional, expresso nos artigos 105, 147 e 164 da Lei nº 7.210/84, bem como o artigo 50 do CP, exige o trânsito em julgado, até mesmo para a execução de penas restritivas de direitos e multa. Outrossim, o Decreto-Lei nº 1.002/1969 (CPPM) nos artigos 592 e 604, também exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução de penas no âmbito castrense.

3. Presunção de inocência e prisão cautelar

A prisão processual (flagrante, temporária e preventiva) não viola o princípio do estado de inocência, pois a própria Constituição prevê a prisão cautelar em casos excepcionais (CF, art. 5º, inciso LXI). Nesse sentido, convém lembrar a Súmula 9 do STJ, e o art. 283 do CPP: *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*.

No Brasil, a prisão provisória tem natureza cautelar e sua natureza é puramente instrumental. Sua finalidade exclusiva é evitar que a natural demora do processo ponha em risco a sociedade, atrapalhe a produção da prova ou inviabilize a execução da pena. A urgência e a necessidade são seus requisitos, não podendo ser desvirtuada para funcionar como execução da pena. Confundir prisão-pena com prisão processual é afrontar a Constituição Federal. A Lei 12.403/11 alterou os artigos 282 a 350 do CPP para adequar as regras da prisão provisória à CF e a Lei nº 12.736/12 regulamentou o artigo 387 §1.º do CPP, autorizando prisão preventiva, somente quando necessária, de acordo com o artigo 312 do CPP. Nada impede a prisão antes do trânsito em julgado, mas é imprescindível que esteja demonstrada sua necessidade e o *periculum*

libertatis, inexistindo prisão antecipada obrigatória, pois o art. 637 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal⁷.

O artigo 5.º, inciso LXI trata somente da prisão cautelar, pois pela análise topográfica e lógica do art. 5º da CF, pode-se concluir que a autorização de prisão constante do inciso supracitado é referente apenas à prisão cautelar, veja que o constituinte originário trata de pena privativa de liberdade e ele o faz nos incisos XLV, XLVI, alínea “a”, XLVII, XLVIII, XLIX e L. No entanto, as garantias dos incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, são todas referentes às prisões processuais, portanto, não são direcionadas às penas privativas de liberdade.

Ademais, a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, autoriza a expedição de guia de execução para submeter o condenado ao cumprimento de pena, no caso do regime fechado, em penitenciária (vide artigos 33 §1º, alínea “a” e 34 do CP, c/c., artigos 87 a 90 da Lei nº 7.210/84). Entretanto, a ordem fundamentada de prisão cautelar autoriza o cumprimento de mandado de prisão para que o acusado, ainda presumidamente inocente, seja preso em centro de detenção provisória, separado dos presos condenados (vide art. 84, *caput*, e 102 a 104, todos da Lei nº 7.210/84), de modo que somente a prisão-pena (decorrente de sentença transitada em julgado) deve atender às funções de prevenção geral e especial, positiva ou negativa.

4. Inconstitucionalidade da execução provisória da pena

A alegação de que o estado de inocência pode ter seu alcance limitado em face de outros princípios com ele contrastantes, mediante ponderação com critérios de proporcionalidade e razoabilidade, contrasta com a concepção pós-positivista do Estado Democrático de Direito, enquanto vetor hermenêutico axiológico, na forma preconizada por ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN⁸. As normas de direito fundamental ou são regras, ou são princípios, ou possuem a dupla característica de princípios-regras. Conforme ROBERT ALEXY tanto as regras como os princípios são normas,⁹ expressões deônticas de permissão e proibição. Assim, “os princípios são sempre razões *prima facie*,

⁷ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.084.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo*. In: *Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Vol 1, n.4, Porto Alegre, 2006, pp. 224-225.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malhaeiros, 2012, pp. 86-87.

enquanto as regras, a menos que se tenha estabelecido uma exceção, são razões definitivas”¹⁰, e por essa razão, possuem um mandamento definitivo¹¹. Sendo assim com base nas lições de ROBERT ALEXY, as regras podem ser denominadas de “*comando de definição*”, enquanto os princípios de “*comando de otimização*”¹².

Havendo colisão entre dois princípios, o hermeneuta deverá levar em consideração a maior ou menor preponderância de um ou de outro de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Já com relação às regras, não se pode dizer que uma seja mais importante que a outra, resultando o conflito entre ambas na invalidação de uma delas. Na hipótese de conflito entre princípios e regras, sendo aplicável o princípio, a literalidade da regra será desatendida e ela será declarada inválida¹³.

Agora, se a colisão ocorrer entre princípios e regras igualmente constitucionais, ROBERT ALEXY afirma haver uma primazia de nível das regras, dado seu caráter mais específico¹⁴. O art. 5º, inciso LVII da CF, contém, mais do que um princípio, uma regra expressa e específica de como deve ser tratado o princípio do estado de inocência que a informa. Essa específica regra constitucional de tratamento impede que alguém seja tratado como culpado antes do trânsito em julgado (esgotamento total da via recursal) da sentença condenatória, independentemente de os recursos especial e extraordinário não possuírem efeito suspensivo¹⁵.

O necessário combate à impunidade deve ser perseguido com o cumprimento do mandamento constitucional de duração razoável da persecução penal (CF, art. 5º, LXXVIII), sem expedientes protelatórios e demora excessiva, com sensação de ineficácia do sistema. A racionalização dos recursos e a modernização do aparato de enfrentamento à criminalidade não podem ser mascarados pela adoção de soluções simplistas e inconstitucionais. Subverter princípios sensíveis, com tal justificativa fragiliza os pilares do *due process of law* e expõe o cidadão a surtos autoritários de abuso de poder. O STF,

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malhaeiros, 2012, p. 104.

¹¹ Idem. Ibidem.

¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132

¹³ CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo in: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 9.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malhaeiros, 2012, p. 140..

¹⁵ Cf. art. 102, inciso III e art. 105, inciso III, ambos da CF, agora regulamentados pelos artigos 1.029 da Lei nº 13.105/15.

enquanto guardião maior da nossa Constituição, deve garantir o equilíbrio democrático entre os poderes, sem invadir seara do Legislativo, preservando sua posição de órgão técnico e não político, para o que seria imprescindível mandato popular. A lei, a constituição e a justiça, não tem protetor maior que o Poder Judiciário, cuja coragem, serenidade e conhecimento jurídico sobreleva extratos momentâneos da realidade, como o clamor popular e movimentos coordenados pela mídia. Somente assim, torna-se garantidor do arcabouço jurídico-constitucional criado pelo pacto social. A demora dos processos judiciais em razão do sistema recursal brasileiro, os números estatísticos referentes aos julgamentos de recursos pelos tribunais superiores e seu êxito, não são princípios constitucionais, nem estão ao nível de ponderação com o princípio do estado de inocência.

O Brasil, aos poucos, vai retomando o eixo da legalidade, devendo ser evitado a todo o custo, o embate ideológico entre a liberdade como regra e o postulado autocrático que privilegia a onipotência absoluta do Estado policial. A Escola Clássica, formada por FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, entre outros, que sustentavam a regra da presunção de inocência e defendiam uma visão constitucionalista do Direito Penal, confrontava os práticos da Escola Positiva, formada por ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, adeptos da ideia de proteção social a qualquer custo, inclusive presunção de culpabilidade, mesma linha adotada pela Escola Técnico-Jurídica, formada por nomes como CARNEVALE e VINCENZO MANZINI que defendiam a razoabilidade e praticidade de presumir a culpa de um acusado¹⁶.

A justa indignação popular com a ineficiência do Estado em garantir a proteção de valores fundamentais, não serve de justificativa para buscar, como paliativo, o ultraje à CF. Na mesma onda de legítimos movimentos e ações de órgãos públicos no combate à corrupção, pautadas pela eficiência e legalidade, há também os que se valem da indignação popular para praticar ilegalidades e distorcer a persecução penal. Fraudam provas, induzem delações e ocultam documentos para direcionar a investigação. Ao Poder Judiciário cabe a maturidade de preservar sua serenidade e foco nos autos, com a coragem de não se intimidar ou curvar a qualquer tipo de pressão, venha de onde vier. Não é

¹⁶ Cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

possível devolver a liberdade perdida ao inocente preso de forma açodada¹⁷, nem a vida ao réu executado pelo verdugo, nem a honra aviltada pela leviandade do inquisidor. No Brasil é teoricamente possível executar a pena de morte em caso de guerra declarada por crime militar que a estabeleça no preceito secundário (Cf. art. 5.º, inciso XLVII, alínea “a” da CF, c/c., artigos 55, alínea “a”, 56 e 355 do Dec-Lei nº 1.001/69, e artigos 707 e 708 do Dec-Lei nº 1.002/69). Assim sendo, indagamos: a prevalecer a posição atual pela execução provisória da pena, seria possível aplicar a execução provisória de pena de morte? Se a vida não tem devolução, a liberdade, como fator temporal de existência digna, também não.

¹⁷ É estranho discutir o alcance e sentido de uma regra de tratamento tão clara como aquela constante do art. 5º, inciso LVII da CF, inerente ao princípio do estado de inocência, pois no Brasil vigora um “estado de coisas inconstitucionais” (Cf. ADPF n.º 347 do STF), haja vista que as prisões brasileiras são verdadeiras masmorras, semelhantes a infernos dantescos, com celas imundas, insalubres e superlotadas etc.