

AURY LOPES JÚNIOR

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

# PARECER

*Presunção de inocência:  
Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*

Consulente: Maria Cláudia de Seixas

2016

AURY LOPES JÚNIOR

Doutor em Direito Processual Penal  
pela Universidad Complutense de Madrid  
Professor Titular de Direito Processual Penal no Programa de  
Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio Grande do Sul

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal  
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
Professor Associado do Departamento de Direito Processual  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## A CONSULTA

Honra-nos a eminente Advogada Maria Cláudia de Seixas, formulando consulta, com pedido de parecer, para ser utilizado nos Embargos de Declaração a ser interposto no Habeas Corpus nº 126.292/SP, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, no qual figura como impetrante, sendo paciente Márcio Rodrigues Dantas.\*

A consulta restringe-se à questão eminentemente de direito, relacionada ao conteúdo da garantia constitucional da presunção de inocência, em especial sobre o marco temporal de sua aplicação na persecução penal. Acompanha a consulta cópia do referido acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim relatado o assunto, a Consulente formula os quesitos abaixo:

### 2. QUESITOS

1. A garantia constitucional da presunção de inocência vigora até que momento da persecução penal, no processo penal brasileiro?
2. É compatível com a presunção de inocência determinar a prisão de um acusado, para início de execução da pena, em caráter provisório, antes do trânsito em julgado, quando ainda é possível interpor ou está pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário?

Bem examinadas as questões passamos a emitir nosso parecer.

---

\* Diante da relevância do tema, o presente parecer foi elaborado *pro bono*.

## PARECER

### 1. Da presunção de inocência na Constituição e nos tratados de direitos humanos

*Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que el tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.*<sup>1</sup> (destacamos)

A chamada garantia da “presunção da inocência”, assegurada na Constituição de 1988, foi prevista, historicamente, em diversos diplomas internacionais de direitos humanos.

Nos diplomas internacionais de direitos humanos, a análise poderia começar pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1798:

“9º Todo acusado é **considerado inocente até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (destacamos)

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assegurou, de forma explícita, a presunção de inocência.

XI.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”. (destacamos)

---

<sup>1</sup> James Goldschmidt, *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* - Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67.

No âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, em seu art. 6.2, ao assegurar o direito ao processo equitativo, estabelece que

“6.2 Qualquer pessoa acusada de uma infração **presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada**”. (destacamos)

O art. 6.º da Convenção Europeia sintetiza os “cânones europeus do justo processo penal”,<sup>2</sup> ou, como dispõe o Protocolo n.º 11 à referida convenção, concretiza o “direito a um processo equo”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, em seu art. 14.1, primeira parte, estabelece que:

“Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito **presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida**” (destacamos)

De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura o direito ao juiz imparcial, no art. 8.1:

“Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que **se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa**.” (destacamos)

Ressalte-se que o Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

Significativo setor doutrinário há muito já defendia que, por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição, os tratados internacionais de direitos

---

<sup>2</sup> Mario Pisani, *Nozioni Generali*. In PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8 ed. Bologna: Monduzzi, 2008, p. 19.

humanos tinham *status* constitucional.<sup>3</sup>

Comentando o art. 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas em posicionamento igualmente aplicável ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que:

“todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o **mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior**. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais”.<sup>4</sup> (destacamos)

Tal posicionamento, que não merecia acolhida na jurisprudência passada do Supremo Tribunal Federal, recentemente foi objeto de significativa mudança no posicionamento do Pretório Excelso, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP.<sup>5</sup>

No referido recurso, decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, após o voto do Relator, Ministro Cezar Peluzo, que negava provimento ao recurso, sem adotar uma posição expressa quanto à questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, votou o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou

---

<sup>3</sup> Cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho, O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, *In: Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 42, abr. 1994, p. 34; Id., *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 82-83; Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, Brasília: EUB, 1998, p. 186; Flávia Piovesan, A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 160; Nilzardo Carneiro Leão, Direitos Fundamentais, Garantias Constitucionais e Processo Penal, *In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. v. 1, nº 12, jul. 1998/dez. 1999, p. 134; e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p. 90.

<sup>4</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades no Processo Penal*, 11 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71.

<sup>5</sup> STF, Pleno, Rext. nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006. Destaque-se, ainda, que, posteriormente, em outros julgados, o STF reconheceu a que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil *possuem status normativo supralegal*: STF, 2.ª Turma, HC nº 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, v.u.

o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os *tratados internacionais de direitos humanos* *subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal*, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica.

Esse relevantíssimo precedente, significou uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza *supra legal* (posição do Min. Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Min. Celso de Mello). De qualquer forma, e este é o ponto relevante, **as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica.**

Em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional, que conflite com a garantia da imparcialidade do juiz, assegurada expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, anterior ou posterior à promulgação de tais tratados, não mais poderá ter aplicação.

## 2. Da garantia constitucional da presunção de inocência e seu conteúdo

A Constituição de 1988, assegura a garantia da presunção de inocência:

Art. 5.º ... LIII - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.** (destacamos)

Trata-se de garantia integrante do devido processo legal. O dispositivo não assegura, literalmente, a presunção de inocência.

A presunção de inocência, já dizia Carrara, “procedono da dogmi di assoluta ragione”, e funciona como “assoluta condizione dela legittimita del *procedimento*, e del *giudizio*”.<sup>6</sup> Não seria exagero considerá-la pressuposto de todas as outras garantias do processo. Trata-se de garantia que marca a posição do acusado como

---

<sup>6</sup> Francesco Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale* (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa), in *Opuscoli di Diritto Criminale*, Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 18.

sujeito de direito no processo penal. Não mais uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, mediante tortura, para obter a confissão *ex ore rei*. O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade. A prova da imputação cabe à acusação e integralmente à acusação.

A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar este princípio, é como garantia política do cidadão. A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político!<sup>7</sup>

O processo, e em particular o processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político.<sup>8</sup> Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um “presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale”.<sup>9</sup> O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.<sup>10</sup> Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência.<sup>11</sup> Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Nesse sentido: Giuseppe Bettioli, *Sulle presunzioni nel diritto e nel processo penale*. In: \_\_\_\_\_. *Scritti Giuridici*. Padova: Cedam, 1966. t. I, p. 385; Giulio Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979., p. 5; Sofo Borghese, *Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale)*. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1966. vol. XIII, p. 774.

<sup>8</sup> Aniello Nappi, *Guida al Codici di Procedura Penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 3.

<sup>9</sup> Mario Pisani. *Sulla presunzione di non colpevolezza*. *Il Foro Penale*, 1965, p. 3. Aliás, como lembra Giulio Ubertis (*Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000, p. 64) a presunção de inocência é um princípio “che sorge come reazione al sistema inquisitorio”.

<sup>10</sup> Mario Chiavario. *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritto Dell'uomo*. In: *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2, p. 76.

<sup>11</sup> Pier Paolo Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza*. *Digesto – Discipline penalistiche*. 4. ed. Torino: Utet, 1995. vol. IX, p. 671.

<sup>12</sup> A contraposição é destacada por Oreste Dominioni (Il 2.º comma dell'art. 27. In: BRANCA, Giuseppe; PIZZORUSSO, Alessandro (Coord.). *Commentario della Costituzione – Rapporti civili*. Bologna: Zanichelli, 1991, p. 187) que, comentando a matriz política e ideológica do Código Rocco, observa que “la premessa politica che lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione dello Stato accordata nell'interesse della collettività, determina il radicale ripudio dell'idea che la disciplina del

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessário expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se inclui a “presunção de inocência”.

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito.<sup>13</sup> O estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. A presunção de inocência é, segundo PISANI, uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.<sup>14</sup> Não foi por outro motivo que Manzini afirmou ser a presunção de inocência como uma “strana assurdità escogitata dell’empirismo francese”, qualificando-a de “goffamente paradossale e irrazionale”.<sup>15</sup>

O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A “presunção de inocência” também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo.<sup>16</sup> Trata-se, pois, de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.<sup>17</sup> Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in*

---

processo penale trovi nella tutela dell’innocenza la propria essenziale funzione e porta, per contrapposto, a riaffermare l’interesse repressivo come suo elemento specifico”.

<sup>13</sup> Mario Pisani, L’assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche. *Il Foro Italiano* V/68-80, 1967, p. 78. Mario Chiavario (*Processo e garanzie della persona*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, v. II, p. 123) afirma que é “sempre necessario che il giudice non ‘parta dalla convinzione o dalla supposizione che il prevenuto abbia commesso l’atto incriminato””.

<sup>14</sup> Mario Pisani, Sulla presunzione di non colpevolezza. *Il Foro Penale* 1-2/1-5, gen./giu 1965, p. 2.

<sup>15</sup> Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 6. ed. Torino: UTET, 1967. v. I, p. 226.

<sup>16</sup> Segundo Mario Chiavario (Presunzione d’innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 358) a presunção de inocência “è un problema di dimostrazione, di onere della prova nel senso che chiameremmo sostanziale”. Para Iacoviello (*La motivazione ...*, p. 230) a presunção de inocência impõe um ônus da prova, que é uma regra de julgamento.

<sup>17</sup> Pisani, Sulla presunzione ..., p. 3.



*dubio pro reo*.<sup>18</sup> É de se destacar que, em tal caso, embora a presunção de inocência esteja diretamente ligada à prova, não se trata de uma presunção em sentido técnico processual.

Por fim, e este é o ponto de relevo maior para o presente parecer, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado.<sup>19</sup> São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.<sup>20</sup>

Estes três significados podem ser extraídos, sem qualquer exclusão, da garantia constitucional do art. 5º, *caput*, inc. LVII, da Constituição de 1988.

Cabe, por fim, um esclarecimento sob o aspecto estritamente literal. Como cediço, a Constituição brasileira não assegura, expressamente, a “**presunção de inocência**”, mas o “**estado de não culpável**”. Intuitivamente, se pode considerar que a expressão “presunção de inocência” estaria mais ligada e seria mais adequada à noção de regra de julgamento.<sup>21</sup> Por faltar esta explicitação, parte da doutrina nacional, da mesma forma que ocorreu em Itália, procurou distinguir o que se denominou “princípio da não culpabilidade” do “princípio da presunção de inocência”.

Mas será que podemos afirmar que a Constituição 'não recepcionou a presunção de inocência'?

Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a 'presunção de não culpabilidade' é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio 'pré-presunção de inocência' não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela a base democrática da Constituição. A essa altura do

---

<sup>18</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39. O autor ainda acrescenta outra repercussão probatória da presunção de inocência: “a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar com a investigação dos fatos” (*idem, ibidem*, p. 40).

<sup>19</sup> Nesse sentido: Gomes Filho, *Presunção de inocência ...*, p. 37; e Alfredo Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990, p. 77.

<sup>20</sup> Nesse sentido: Illuminati, *Presunzione di ...*, p. 2; Paolo Tonini, *La prova penale*. 4 ed. Padova: Cedam, 2000, p.49; e Gomes Filho, *Presunção de inocência ...*, p. 42.

<sup>21</sup> Nesse sentido: Giuseppe Sabatini, *Principii costituzionali del processo penale*. Napoli: Jovene, 1976, p. 47; Chiavario, *Processo ...*, v. II, p. 122; Illuminati, *Presunzione di ...*, p. 2; Gomes Filho, *Presunção de inocência ...*, p. 42.

estágio civilizatório, Constitucional e Democrático, como ensina Bueno de Carvalho<sup>22</sup>, o Princípio da Presunção de Inocência ‘não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros – neste momento histórico, da condição humana’. Não se pode olvidar, ainda, a expressa recepção no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.(...)”

O Brasil recepcionou sim a presunção de inocência e, **como presunção, exige uma pré-ocupação** nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro **dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente.**

Maurício Zanoide de Moraes<sup>23</sup>, em preciso e profundo estudo sobre o tema, sustenta que a presunção de inocência é uma norma decomponível em três expressões que lhe garantem eficácia: dever de tratamento, norma probatória e norma de juízo (ou regra de julgamento). Nesse breve artigo, interessa-nos o viés de ‘dever de tratamento’, pois a ele é afeto o tema das prisões cautelares e da autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena.

A partir da leitura do art. 9<sup>a</sup> da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, Jaime Vegas Torres<sup>24</sup> explica que a Presunção de inocência é um ‘dever de tratamento’, isto é, um postulado que está diretamente relacionado ao dever dos órgãos estatais de ‘tratar’ o imputado como inocente até o trânsito em julgado.

Não é preciso maior esforço para compreender que não se trata como inocente fazendo uma execução provisória da pena despida de qualquer caráter cautelar (e aqui está a relativização admitida e demarcada da presunção de inocência, para os que simplesmente argumentaram em torno da inexistência de ‘direitos fundamentais absolutos’). Pura e simples antecipação do tratamento de culpado no curso de um processo (fase recursal ainda é curso de processo, é por isso que a origem etimológica da palavra vem de ‘recursus’, retomar o curso, jamais estabelecer um novo curso ou encerrar).

---

<sup>22</sup> Amilton Bueno De Carvalho, ‘Lei, para que(m)?’. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p.51.

<sup>23</sup> *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 424 a 476

<sup>24</sup> *Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, La Ley, 1993.

O art. 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado. Portanto, salta aos olhos que o julgado desconsidera completamente o significado e alcance (processual e civilizatório) da presunção de inocência.

Dessarte, ainda podemos argumentar que não há diferença semântica ou de conteúdo entre presunção de inocência ou de “estado de não culpabilidade”. Com diz Maier: “presumir inocente”, “reputar inocente” ou ‘não considerar culpável”, significa exatamente o mesmo.<sup>25</sup> Não há diversidade 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 ideias – se é que isto 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 a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

A questão também perde importância diante da integração ao ordenamento jurídico interno, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e também da Convenção Americana de Direitos Humanos que, expressamente, asseguram a “presunção de inocência” (art. 14.2 e art. 8.2, respectivamente).

Num ponto, porém, a presunção de inocência em nossa Constituição supera os diplomas internacionais de direitos humanos, e outros textos constitucionais sobre a matéria: o marco temporal final de aplicabilidade da presunção de inocência. Há explicitação de que o acusado é presumido inocente ou, mas precisamente, não é considerado culpado, “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

---

<sup>25</sup> Julio Bustos Juan Maier, *Derecho Procesal Penal*: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. t. I, p. 491.

### 3. O significado da presunção de inocência como regra de tratamento do acusado

A “presunção” de inocência, sob o aspecto de regra de tratamento do acusado, significa que uma pessoa que seja presumido inocente e, portanto, goze do *status* de inocente, não pode receber um tratamento, equivalente ao de quem já foi condenado.

Nessa acepção, o princípio da presunção de inocência, nas palavras de Vélez Mariconde, “não consagra uma *presunção* mas um *estado jurídico* do imputado, o qual é *inocente* até que seja declarado culpado por uma sentença firme.”<sup>26</sup>

Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção de inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis*; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

Como destaca Antonio Magalhães Gomes Filho, em sua obra clássica, o sobre o tema na doutrina nacional:

“a vedação de qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, inegavelmente, o aspecto mais inovador do princípio inscrito no art. 5º, LVII, da nova Constituição, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana com premissa fundamental da atividade repressiva do Estado”.<sup>27</sup> (destacamos)

E, em outro passo, assevera:

“a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer

---

<sup>26</sup> Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba: Imprenta de la Universidad. II. , p. 27.

<sup>27</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.

exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio”.<sup>28</sup>

Não doutrina italiana, Chiavario assevera que:

“Un’**esecuzione ‘immediata’** (o comunque ‘anticipata’ rispetto al passaggio in giudicato) **non è comunque consentita per le sentenze di condanna** (almeno per quanto, in esse, si riferisce alle conseguenze dirette dell’accertamento di responsabilità penale). Una diversa soluzione legislativa contrasterebbe del resto con l’articolo 27 comma 2° Cost., per cui, ‘l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva’”.<sup>29</sup> (destacamos)

Isso porque, como explica Chiavario, em posicionamento igualmente aplicável à garantia constitucional da presunção de inocência, em nossa Constituição:

“l’articolo 27 comma 2° Cost., agganciando la durata della ‘presunzione di non colpevolezza’ alla pronuncia della ‘condanna definitiva’, attribuisce **una portata generale alla garanzia dell’effetto sospensivo delle impugnazione contro le sentenze penali di condanna**”.<sup>30</sup> (destacamos)

No constitucionalismo português, Canotilho e Vital Moreira afirmam, ser um dos elementos da presunção de inocência, a “proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares”.<sup>31</sup>

Na doutrina argentina, Julio Maier explica que:

“la afirmación de que el imputado no puede ser sometido a una pena y, por tanto, no puede ser tratado como un culpable hasta que no se dicte sentencia firme de condena, constituye el principio rector para expresar los límites de las medidas de

---

<sup>28</sup> *Presunção de Inocência ...*, p. 43.

<sup>29</sup> Mario Chiavario, *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giuffrè, 1976, v. I, p. 129.

<sup>30</sup> Mario Chiavario, *Processo e garanzie della persona*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1984, v. II, p. 129.

<sup>31</sup> José Joaquim Gomes Canotilho e Vidal Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Ed., 2007. v. I, p. 518.

coerción procesal contra él. Este principio rector, que preside la razonabilidad de la regulación y de la aplicación de las medidas de coerción procesales, se puede sintetizar expresando: **repugna al Estado de Derecho**, previsto en nuestro estatuto fundamental, **anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal**".<sup>32</sup> (destacamos)

Em suma, assegurar ao investigado ou acusado, durante a persecução penal, um estado de inocente – ou de não culpável – significa que ele não pode ser equiparado ao condenado definitivo. Ao contrário, seu *status* é absolutamente igual ao de quem nunca foi investigado o processado. Assim, não se pode admitir contra ele, com efeito automático da imputação ou mesmo de decisões judiciais, uma prisão obrigatória, representando antecipação de juízo de culpa e execução antecipada de uma pena que, a despeito de provável, ainda não é certa.

#### 4. A presunção de inocência na dinâmica da persecução penal

Do ponto de vista dinâmico, importa definir que que momentos ou etapas da persecução penal, incide a presunção de inocência. Ou: até quando o acusado é presumido inocente?

A Constituição é clara ao estabelecer o marco temporal final da presunção de inocência: “Ninguém será considerado culpado, até o *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória” (art. 5.º, *caput*, LVII).

A presunção de inocência é uma garantia de todo acusado “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não se trata de uma garantia que se aplica somente até a sentença penal recorrível, ou mesmo até o julgamento em segundo grau de jurisdição.

A despeito da clareza do dispositivo constitucional, somente com mais de duas décadas de atraso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2009, julgamento do HC nº 84.078, que a presunção de inocência se aplicava até que houvesse uma

---

<sup>32</sup> Maier, *Derecho* ..., t. I, p. 512-513, com destaques no original.

condenação transitada em julgado. O posicionamento, na prática, impedia a execução provisória da pena, enquanto pendesse qualquer recurso. Ou, para usar uma linguagem processual civil, os recursos especial e extraordinário, a despeito da regra do § 2º do art. 27, da então vigente.

Todavia, recentemente, STF, em julgamento realizado no dia 17.02.2016, alterou tal entendimento. O Plenário do STF, por 7 votos a 4, ao julgar o HC nº 126.292/SP,<sup>33</sup> considerou que é possível dar início da execução da pena condenatória após a **confirmação da sentença em segundo grau**. Isso porque, segundo se entendeu, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

A decisão restringe o arco temporal da garantia constitucional do art. 5.º, *caput*, inc. LVII, da Constituição, que estabelece como marco temporal final da presunção de inocência o “transito em julgado da sentença penal condenatória, e não “até a confirmação da sentença em segundo grau”! A diferença prática das duas posições é que, segundo o novo posicionamento do STF, nega-se efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.

Realmente, não é elemento essencial da presunção de inocência, que tal estado do acusado vigore temporalmente até que a condenação transite em julgado. O que se assegura, por exemplo, com já visto no plano dos tratados internacionais de direitos humanos, é que o acusado tem o direito que se presuma sua inocência “enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (CADH, art. 8.2), ou “enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (CEDH, art. 6.2), ou ainda, “até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (PIDCP, art. 14.2).

Em todos esses casos, é possível, do ponto de vista hermenêutico, considerar que a “culpa” estará legalmente comprovada, provada ou estabelecida, com uma decisão que aprecie o mérito da causa. Isto é, com uma sentença condenatória, mesmo que impugnada por meio de recurso. Ou com o julgamento em segundo grau, ou

---

<sup>33</sup> STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 17.02.2016, m.v.

em qualquer outro marco anterior ao trânsito em julgado da condenação penal. Ou seja, em tese o acusado poderia ser presumido inocente, somente até que fosse proferida uma sentença condenatória, mesmo que esta seja impugnada, ou ainda, o julgamento da apelação.

Aliás, é de se observar que, algumas Constituições modernas não estabelecem o momento final da presunção de inocência. No continente europeu, no art. 24.2 da Constituição Espanhola de 1978, prevê que “todos têm direito a um Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à **presunção de inocência**”. No mesmo sentido, a Constituição Francesa de 1958, declara adesão aos princípios da Declaração de 1789 que, com já visto, assegura “o povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”, que garante: acusado é **considerado inocente até ser declarado culpado**.

Outras, contudo, garantem a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação penal. É o caso da Constituição italiana, de 1948, que no art. 27, *comma* 2º, assegura: “l'imputato non è considerato colpevole **sino alla condanna definitiva**”. O mesmo conteúdo foi adotado pela Constituição Portuguesa, de 1974, no artigo 32.2, que entre as garantias do processo criminal, assegura: “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”.

Mas a Constituição brasileira de 1988, reforçando a presunção de inocência, seguiu os modelos italiano e português, dando efetividade máxima o compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana. Para a garantia da presunção de inocência foi estabelecido, como marco temporal final de sua aplicação, o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito que se **presuma a sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória**.



Na doutrina constitucional, Cretella Jr. Afirma:

“Somente a **sentença penal condenatória**, ou seja, a **decisão de que não mais cabe recurso**, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao *status* de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação”.<sup>34</sup> (destacamos)

Com a definição clara do momento de cessação do estado de inocência, evita-se – ou imaginava-se que se evitaria – discussões sobre se a ideia de presunção de inocência até que seja legalmente provada ou comprovada a culpa, tem por momento final uma sentença condenatória, ainda que recorrível, ou mesmo acórdão em que se julga, pela última vez, matéria fática, ou se somente com o trânsito em julgado de uma condenação penal seria destruído o estado de inocente.

Evidente que o Supremo Tribunal Federal, dentro da organização judiciária nacional, é o guardião da Constituição, cabendo-lhe dar a última palavra sobre a sua interpretação. A Constituição, contudo, é uma Carta escrita pelo Constituinte, e não uma folha em branco.

É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’. Não pode o STF, com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.

É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história.

---

<sup>34</sup> José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. v. I, p. 537, com destaques no original.

Feita essa ressalva, sigamos.

Diante do texto legal, e mesmo sem confundir o enunciado linguístico com a norma, é preciso reconhecer – nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está imune a isto – que há limites hermenêuticos que parecem insuperáveis para a interpretação de um dispositivo que atribua um direito até o “trânsito em julgado”.

É certo que o trânsito em julgado não se confunde com a coisa julgada, seja ela material ou formal. Eis o conceito de Barbosa Moreira:

“por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso”.<sup>35</sup>

E Machado Guimarães explica que “há, portanto, uma relação lógica de antecedente-a-consequente (não de causa-e-efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada”.<sup>36</sup> E conclui: “A decisão trânsita em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial”<sup>37</sup>.

Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Não é possível, portanto, concordar com a premissa adotada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 126.292/SP, que implica, em apertada síntese, concluir que a presunção de inocência não vigora mais até “o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, como assegura o inc. LVII, do

---

<sup>35</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *Ainda e sempre a coisa julgada. Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

<sup>36</sup> Luiz Machado Guimarães, *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. Estudo de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 14.

<sup>37</sup> *Idem, Ibidem*, p. 32.

*caput* do art. 5º da CR, mas só até “a confirmação a sentença condenatória em segundo grau”!

Evidente que a questão vai muito de um problema escolha técnico-jurídica. Há um profundo e incontestado sentido axiológico em tal decisão. Como bem explica Maurício Zanoide de Moraes:

“Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, ‘crê’ que a análise do juízo *a quo* pela condenação prevalecerá e, portanto, ‘enquanto se espera por um desfecho já esperado’, mantém-se uma pessoa presa ‘provisoriamente’”.<sup>38</sup>

Em suma, do ponto de vista da ordem jurídica, é correto afirmar que **o acusado goza da mesma situação jurídica que um inocente**. Esse é um ponto de partida do qual deve partir, tanto a lei, quanto a jurisprudência, de um Estado de Direito no regramento de sua persecução penal. E essa paridade ou igualdade substancial não se altera nos diversos momentos da persecução penal: o investigado, o acusado e o condenado enquanto pende recurso da sentença condenatória estão na mesma situação jurídica que o inocente, isto é, quem nunca foi investigado ou processado.

## **5. O julgamento dos recursos especial e extraordinário: a ausência de reavaliação de prova e seu reflexo na presunção de inocência**

Estabelecido o conteúdo da presunção de inocência e o arco procedimental de sua aplicação, resta analisar o principal argumento utilizado para justificar a decisão que restringiu a garantia, do “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, para o da “condenação em segundo grau”.

---

<sup>38</sup> *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. 2008. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, cap. IV, p. 483.

Afirmou-se que, como nos recursos especiais e extraordinários não se julga matéria fática, há uma possibilidade muito menor de reforma ou anulação do acórdão do tribunal local. Logo, não se justificaria impedir a imediata eficácia do acórdão condenatório de segundo grau.

Primeiramente **há que se compreender o que é ‘culpabilidade normativa’ e ‘culpabilidade fática’**. Como explica Geraldo Prado<sup>39</sup>, a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil.

Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o **conceito jurídico de culpabilidade**, que repousa na presunção de inocência.

Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Portanto, é errado afirmar-se que ‘a culpa está provada’ após a decisão de segundo grau. No nosso sistema, com o marco constitucional da presunção de inocência vinculada ao trânsito em julgado, é somente neste momento que se pode considerar ‘estar provada a culpa’.

Não é possível concordar com o argumento contido no acórdão, que se baseia em uma redução simplista demais da função dos recursos extraordinários em sentido *lato*, além de confundir dois aspectos distintos da presunção de inocência: enquanto regra de julgamento, identificada com o *in dubio pro reo*, como solução a ser adotada no caso de dúvida no processo de valoração da prova, de um lado, e como regra de tratamento, de outro

Sobre a simplificação de que, nem recurso especial e extraordinário não se examina prova, o tema remete à dicotomia recursos ordinários vs. recursos

---

<sup>39</sup> Geraldo Prado, “O trânsito em julgado da decisão penal condenatória”. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

extraordinários. Os recursos ordinários destinam-se a reforma ou invalidação das decisões, podendo analisar tanto de “questão de direito”, quanto “questão de fato”. Já o recurso extraordinário – por antonomásia – e o recurso especial, que tal qual Eva, foi feito da costela daquele pelo legislador constituinte, somente admitem a discussão de questões de direito, de natureza constitucional ou envolvendo lei federal.

Consequência disso, ou o que seria o outro lado da moeda, é que os recursos ordinários se prestam para proteger o direito subjetivo das partes litigantes contra os vícios da decisão, enquanto que os recursos extraordinários têm como objetivo imediato a tutela do direito objetivo, no caso brasileiro, a Constituição, a lei federal e os tratados.<sup>40</sup> Não têm por função assegurar o duplo grau de jurisdição, mas sim uma função nomofilática, isto é, de controle da correta aplicação da Constituição e da lei federal.<sup>41</sup> O escopo é a preservação do direito objetivo, isto é, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas, e não o direito subjetivo da parte processual que se sinta prejudicada e interponha tais meios de impugnação.<sup>42</sup>

Há, todavia um certo exagero, ou redução simplista, afirmar que os recursos especial e extraordinário, por visarem um controle de legalidade, não se preocupam com o direito concreto do recorrente. Observa corretamente Taruffo, com sua admirável perspicácia, que há dois modelos Cortes que realizam um controle de legalidade: no modelo da “terceira instância”, a interpretação da lei – e para nós, também da Constituição – é só um meio de resolução de uma específica controvérsia; enquanto que no modelo de “Corte Suprema”, no qual o caso concreto é só uma ocasião para garantir a legalidade do ordenamento, com uma atividade visando mais ao futuro

---

<sup>40</sup> Esse é, por exemplo, o fator classificatório utilizado por Nelson Luiz Pinto (*Manual dos Recursos Cíveis*. 3 ed. 3. Tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36) para tal classificação.

<sup>41</sup> Na doutrina italiana, com relação ao *ricorso per cassazione*, afirma-se ser um uma impugnação de mera “legitimidade” (Gian Domenico Pisapia, *Compendio di procedura penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1982, p. 413). E Nappi (*Guida ...*, p. 791) afirma que a Corte de Cassação “tem no ordenamento italiana uma função nomofilática, porque o art. 65 do Ordenamento Judiciário lhe assinala a função de realizar a unidade do direito objetivo nacional, assegurando a correta observância e a interpretação uniforme da lei”. No mesmo sentido: Giorgio Spangher, *Il doppio grado di giurisdizione*, in Filippo Frappaele Dinacci (coord.) *Processo Penale e Costituzione*. Milano; Guiffè, 2010, p. 498; Alfredo Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere)*. In: Filippo Frappaele Dinacci (Coord.) *Processo Penale e Costituzione*. Milano; Guiffè, 2010, p. 521; Sergio Sottani, *Il controllo delle decisioni giudiziarie nella progressione processuale*. In: \_\_\_\_\_. Alfredo Gaito (Org.). *Le impugnazioni penali*. Torino: Utet, 1998, p. 44.

<sup>42</sup> Nesse sentido: Araken de Assis, *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 55

que ao passado.<sup>43</sup> No primeiro modelo, que seria o das cortes equivalentes ao nosso STF e STJ, haveria uma “interpretação operativa”, destinada à justa decisão do caso concreto; no segundo, interessa sobretudo atribuir um significado para a norma como enunciado de caráter geral, tendencialmente desvinculado da peculiaridade específica do caso concreto”.<sup>44</sup>

Os modelos de cassação de inspiração francesa, como é o caso da Cassação italiana, parecem mais voltados ao primeiro aspecto. As Cortes de Cassação não aplicam o direito ao fato, limitando-se a dar a correta interpretação da lei, depois baixando os atos para que o juiz da causa decida o caso concreto. De acordo com o posicionamento jurídico adotado, há um predomínio do escopo de preservação do direito objetivo sobre a tutela do direito subjetivo do recorrente.

Por outro lado, nos modelos como o brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgarem, respectivamente, o recurso extraordinário e o especial, não se limitam a resolver em abstrato a questão de direito constitucional ou federal posta em discussão, mas além disso, e a partir da premissa adotada “aplicam o direito aos fatos” (CPC, art. 1034, *caput*),<sup>45</sup> julgando a causa ao dar ou negar provimento ao recurso, não seria exagero ver nesse modelo, ainda que em recurso nos quais não se discuta a questão fática, um predomínio da função de proteção do direito subjetivo do recorrente e, somente em caráter secundário, a tutela da constituição ou da lei federal, enquanto direito objetivo. Seriam, pois, recursos mais voltados à tutela do *ius litigatoris* do que do *ius constitutionis*.

Todavia, não seria exagero dizer que, nos últimos tempos, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a exigir, em relação ao recurso extraordinário, a existência de uma “repercussão geral” da questão constitucional, bem como do surgimento do mecanismo do sobrestamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, para que o tribunal julgue penas um ou alguns recursos significativos da controvérsia, com a aplicação de tal resultado, pelos próprios tribunais locais, nas causas individuais, fortaleceu-se em tais recursos o aspecto de tutela da

---

<sup>43</sup> Michele Taruffo, *Il vertice ambiguo*. Saggi sulla Cassazione Civile. Bologna: il Mulino, 1991, p. 157. No processo penal, acolhendo expressamente tal posicionamento, Nappi, *Guida* ..., p. 791.

<sup>44</sup> Taruffo, *Il vertice ambiguo* ..., p. 157.

<sup>45</sup> A Súmula nº 456 do STF enuncia: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Constituição e da lei federal. Isso não significa, contudo, que tenha deixado de se proteger, ainda que em caráter secundário, o direito do recorrente e a sorte da sua causa concreta, posta em discussão no processo.

Mesmo quem tem um recurso sobrestado, ou sobre tema em que se reconheceu repercussão geral, poderá ter o seu próprio direito reconhecido, com o julgamento de seu recurso especial ou extraordinário, ainda que somente após o término do prazo de suspensão, com o julgamento do recurso representativo da controvérsia.

Evidente e incontestado que o campo de adequação do recurso especial e extraordinário é mais limitado, não servindo para a impugnação quanto à matéria fática. Assim sendo a possibilidade de reforma do acórdão do tribunal local é inegavelmente menor. Embora não haja estatísticas seguras, não parece arriscado afirmar que deve haver um maior número de reformas de sentença, por meio de julgamentos de apelação, do que de mudanças do decidido em acórdão que julgaram a apelação, mediante provimento de recursos especial e extraordinário.

Tal situação, de uma menor mutabilidade das decisões impugnadas, justifica a restrição da presunção de inocência. A resposta exige que se distinga, de um lado, a presunção de inocência, enquanto regra probatório, identificada com o *in dubio pro reo*, como critério judicial de resolução de dúvida sobre fato relevante; e de outro, a presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, a impedir que aquele que ainda está sendo processado, com possibilidade de alteração da decisão judicial e reconhecimento de sua inocência, seja tratado como se já fosse um condenado definitivo, com sentença condenatória transitada em julgado.

Recursos extraordinários não se prestam, diferentemente dos ordinários, a atacar tanto “questões de fato” quanto “questões de direito”. Há erro de fato quando o acórdão se funda em uma falsa premissa de fato, decorrente da errônea valoração das provas. Há um vício na atividade heurística. Já o erro de direito ocorre quando o acórdão aplica erroneamente qualquer regra de direito, inclusive regras legais sobre admissibilidade, produção e valoração das provas. Nesse caso o *vitium* é hermenêutico. O problema é de interpretação e integração da norma.<sup>46</sup> Nesse segundo campo que são cabíveis os recursos especial e extraordinário.

---

<sup>46</sup> Nesse sentido: Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediar, 1966. v. 5, p. 449.

Não é tarefa fácil ou simples distinguir entre questões de direito e questões de fato. Toda questão jurídica envolve matéria fática e matéria de direito. O que existe são questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito<sup>47</sup>. As matérias fáticas que levariam apenas a um reexame da prova estão excluídas dos recursos especial e extraordinário, nos termos do verbete nº 279 da Súmula de jurisprudência do STF<sup>48</sup> e do enunciado nº 7 da Súmula de jurisprudência do STJ.<sup>49</sup>

E, se no recurso especial e extraordinário não há reavaliação fática da prova, sendo incabível a análise de questões preponderantemente de fato, em que há controvérsia ou divergência sobre a reconstrução histórica da realidade subjacentes, sobre a qual haverá a subsunção da norma, efetivamente não há que se colocar a questão da presunção de inocência como regra de julgamento, na sua manifestação mais típica, do *in dubio pro reo*.

Se não há controvérsia fática a ser decidida, não há porque se imaginar, no caso de dúvida sobre fato relevante, de se aplicar a regra de que a dúvida beneficia o acusado. Portanto, durante a tramitação do recurso especial e extraordinário, realmente parece incabível pensar na incidência da presunção de inocência, em seu aspecto probatório, isto é, de regra de julgamento.

Mas, durante a tramitação de tais recursos, isto é, entre o acórdão condenatório do tribunal local, e o trânsito em julgado com o acórdão do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicada a outra vertente da presunção de inocência, identificada com a regra de tratamento do acusado, que não pode ser equiparado ao condenado definitivo?

A resposta deve ser positiva.

Há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reforma-la para um resultado absolutório,

---

<sup>47</sup> Araken de Assis, *Manual dos Recursos ...*, p. 716.

<sup>48</sup> Enunciado nº 279 da Súmula de Jurisprudência do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

<sup>49</sup> Enunciado nº 7 da Súmula de Jurisprudência do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.



seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade, quando não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição. Também é possível que o recurso seja provido por violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual, implicando a anulação do acórdão condenatório do tribunal local, para que outro seja proferido, observando-se corretamente o dispositivo de lei federal ou a regra constitucional tida por contrariada ou violada. E há muitos temas aptos a serem questionados que podem levar a tais resultados.

Embora no recurso especial e extraordinário não se discuta “questão de fato”, é perfeitamente possível a sua interposição, para se questionar **os critérios de apreciação da prova**, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de **prova ilícita**, a **nulidade da prova**, o **valor legal da prova**, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito”.<sup>50</sup> Nesse campo, também deve ser aceito o recurso contra decisões para controlar a **valoração probatória** quanto aos princípios gerais da experiência, os conhecimentos científicos, as leis do pensamento e, até mesmo, os fatos notórios.<sup>51</sup>

O **controle da motivação** também é admissível em recurso especial e extraordinário, sob o fundamento de violação (respectivamente, art. 381, inc. III, do CPP e do art. 93, IX, da Constituição) da falta de completude da valoração realizada no juízo das questões de fato, seja pelo juiz de primeiro grau, seja pelo tribunal local, quando por exemplo, a sentença ou o acórdão deixam de analisar “alternativas

---

<sup>50</sup> Na jurisprudência: STF, AgRg no AI nº 153.836/MA; STF, RTJ 91/674; STJ, RT 725/531. O STJ, decidiu que “a chamada ‘valoração da prova’ a ensejar recurso especial, é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório” (STJ, REsp nº 142.616, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.02.2002). No mesmo sentido: AgRg no AI nº 288.698/SP. Na doutrina: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 203. Nesse sentido, em relação a regras sobre ônus da prova: Pontes de Miranda *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, t. IV, p. 68.

<sup>51</sup> Nesse sentido, no modelo alemão, admitindo o recurso de cassação, Claus Roxin, *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 472. Todavia, Julio Maier (*La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. II, p. 288) ressalta que no caso de regras gerais da experiência e leis lógicas do pensamento somente serão fundamento para o recurso de cassação, quando sua inobservância ou errônea aplicação torne a sentença sem fundamento, e por isso infrinja a regra que exige que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. No nosso caso, portanto, o fundamento dos recursos seriam, para o extraordinário, o art. 93, IX, da CR e para o especial, o art. 381, III, do CPP.

razoáveis” em havendo narrativas fáticas diversas.<sup>52</sup>

A jurisprudência tem feito uma distinção entre o que seria “valoração da prova” admitida nos recursos extremos, e “reexame de prova”, que impede a sua admissibilidade. Já se decidiu que “a valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial”.<sup>53</sup>

Pode-se, em recurso especial e extraordinário, **questionar a qualificação jurídica** dada a um determinado fato.<sup>54</sup> Evidente que tal matéria não poderá ser questionada nos recursos extremos se o problema da correta qualificação jurídica decorrer de dúvida sobre um dos elementos que integram o tipo penal. Nesse caso, a questão é fática, e demanda valoração da prova. Todavia, em outros casos, mesmo que se admita por hipótese como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, ainda assim poderia haver dúvidas sobre a correta subsunção dos fatos ao tipo penal *X* ou *Y*. Aqui, a questão é puramente de direito.

Não se trata de questão de fato, e pode ser atacado em recurso especial ou extraordinário, a valoração, ou melhor, o preenchimento do conteúdo normativo de **conceitos juridicamente indeterminados** (por exemplo, boa-fé, injúria grave, justa causa etc.), sendo passível de controle em recurso extraordinário ou especial a interpretação dada a tais conceitos vagos.<sup>55</sup> Aliás, o § 1º do art. 489 do Código de

---

<sup>52</sup> Nesse sentido, na doutrina alemã, Roxin, *Derecho Procesal Penal ...*, p. 472. Explica que a jurisprudência tem admitido o recurso de cassação quando “as sentenças não tratam de alternativas razoáveis de valoração dos fatos”.

<sup>53</sup> STJ, AgREsp 420.217/SC, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 04.06.2002, v.u. Na doutrina, a mesma distinção é feita por Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1333.

<sup>54</sup> Na jurisprudência: STF, RTJ 112/1169, RTJ 117/41, RTJ 143/283, RTJ 175/1169. Na doutrina: Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, *Recursos...*, n. 170, p. 203. Em sentido contrário, Mancuso (*Recurso extraordinário...*, p. 168) entende que, se a “injustiça deriva de uma má subsunção do fato à norma”, não cabe o recurso especial ou extraordinário. Nesse sentido, no modelo alemão, admitindo o recurso de cassação, por erro de subsunção: Ernest Beling *Derecho procesal penal*. Trad. de Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943, p. 121; Roxin, *Derecho Procesal Penal ...*, p. 472.

<sup>55</sup> Nesse sentido: Tereza Arruda Alvim Wambier, Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do*

Processo Civil estabelece que não se considera fundamentada a decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inciso II).

Se, mesmo sendo impossível revalorar a prova, há todas as hipóteses acima mencionadas, a possibilitar, em tese, a reforma do acórdão condenatório, não há qualquer justificativa jurídica ou política para, durante a tramitação dos recursos especial ou extraordinário, deixar de considerar que o acusado deve se tratado como um inocente, para lhe aplicar o *status* equivalente a um condenado definitivo, já principiando o cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

E assim sendo, não há porque deixar de tratar o acusado que impugna o acórdão do tribunal local, seja mediante recurso extraordinário, seja por meio de recurso especial, com sendo presumido inocente. Seja porque a Constituição assim o determina, considerando que ninguém será considerado culpado, “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, *caput*, inc. LVI), seja porque tais recursos têm efetiva aptidão para levar a um resultado absolutório, que preserva o *status* político de inocente de todo e qualquer cidadão.

Portanto, o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito (sublinhando que essa dicotomia “questões de fato x questões de direito” é tênue, artificial e muitas vezes ilusória, sendo superada e manipulada quando querem os tribunais superiores (mais espaço fértil para o decisionismo), **não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena.**

Porque o caráter “extraordinário” desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o “tratamento de culpado”.

---

*recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 460; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 169.

## 6. Ausência de efeito suspensivo e a inaplicabilidade ao processo penal

Argumento também invocado no *decisium* é o de que a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, justificaria a tese da execução antecipada da pena.

Trata-se de mais uma herança maldita da Teoria Geral do Processo que volta para assombrar o já fragilizado processo penal brasileiro.

O revogado § 2º do art. 27 da Lei nº 8038/1990, assim como o *caput* do art. 995 do novo Código de Processo Civil, não é aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias. Há que se compreender que o problema (de se prender antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero problema de “efeito recursal. É da liberdade de alguém que se está tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência.

É preciso retomar, pelo menos, tudo o que disse o então Ministro Eros Grau no acórdão do Habeas Corpus nº 94.408, julgado no dia 10 de fevereiro de 2009, também, oportunidade em que afirmou, categoricamente a “inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena”.

Por sua importância, é preciso recordar esse julgamento:

“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 delinquente”. 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 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 1988, 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”.<sup>56</sup> (destacamos)

---

<sup>56</sup> STF, HC nº 94.408, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 10.02.2009, v.u., RT 885/493.

Na mesma linha, com igual acerto, merece lembrança a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 96.059, julgado no dia 10 de fevereiro de 2009, da relatoria do Min. Celso de Mello:

“A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO

OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. - **A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal**, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes. - **A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em decisão condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de não-culpabilidade), tem, como pressuposto legitimador, a existência de situação de real necessidade**, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção - sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. - Se o réu responder ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada - embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) - somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação inócua no caso em exame”<sup>57</sup> (destacamos)

Para finalizar, há que se considerar – e assumir – que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o “tempo” que lhe foi tomado se, ao final, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal der provimento ao recurso especial ou extraordinário, para, por exemplo, anular *ab initio* o processo, ou reduzir sua pena ou, ainda, alterar o regime de cumprimento.

---

<sup>57</sup> STF, HC nº 96.059/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.02.2009, v.u., *LEXSTF*, 364/ 426.



Recordemos Carnelutti, quando dizia que uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: enquanto o processo civil se ocupa do “ter”, o processo penal lida como o “ser”. Portanto, é de outra coisa – que não mero “efeito” recursal – que estamos tratando ao discutir a eficácia temporal da garantia constitucional da presunção de inocência.

E, para finalizar, uma vez mais é preciso recordar: a Constituição expressamente estabelece a proibição de se tratar como culpado – e, portanto, há uma inconstitucional equiparação ao mandá-lo para a “mesma” prisão – aquele que ainda é simples acusado, antes do trânsito em julgado. Enfim, o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal.

### **7. O argumento do “baixo número” de Recursos Especiais e Extraordinários defensivos admitidos**

O argumento de que se deve considerar que a presunção de inocência incide até o julgamento do recurso em segundo grau se justifica, por é “muito reduzido” o número de recurso especial e extraordinário que são admitidos ou providos, também não pode ser aceito. Isso porque, parte de premissa absolutamente equivocada, pois a **legitimação dos recursos extraordinários não é “quantitativa”**, e independe do número de recursos providos.

Como, do mesmo modo, a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias. Para demonstrar a falácia argumentativa, base levar o argumento aos demais graus de jurisdição. Imagine-se que, nos casos penais a maioria dos recursos de apelação interpostos pela defesa – ou no interesse do acusado – seja improvido. Defender-se-á que a presunção de inocência não precisará vigorar no período de tempo que medeia entre a sentença condenatória e o julgamento da apelação? Evidente que não há que se responder a tal pergunta retórica, defendendo-se a inaplicabilidade da garantia constitucional. Há, ainda, um último cenário: se houve estatísticas confiáveis e se confirmar que, no processo penal, o número de sentenças condenatórias for maior que o número de sentença absolutórias, a presunção de inocência deixará de ser aplicada? A regra passará a ser todos os acusados responderem presos ao processo penal? Evidente que não!

É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o “normal das coisas” era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro.<sup>58</sup> E vai além, ao **afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência.**

Equivale, *mutatis mutandis*, a dizer: **já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários**, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de prequestionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral.

Enfim, é um argumento insustentável.

## **8. Como não enfrentar a (in)constitucionalidade do art. 283 do CPP? Da grave omissão do Acórdão.**

Por fim, é de se observar que, do ponto de vista lógico, a conclusão de que a presunção de inocência teria aplicação somente até o julgamento em segundo grau de jurisdição e, conseqüentemente, depois do julgamento do mérito pelo tribunal local, mesmo que houvesse a interposição de recurso especial ou extraordinário, seria possível a expedição de mandado de prisão, com o início de execução provisória da penal, deveria implica o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

---

<sup>58</sup> E, acrescentava Manzini (*Trattato ... v. I, p. 226*) após qualificar a presunção de inocência de paradoxal e irracional: “basti pensare ai casi di custodia preventiva, alla segretezza dell’istruttoria e al fatto stesso dell’imputazione. Dato che quest’ultima ha per presupposto sufficiente indizi di reità, essa dovrebbe costituire, se mai, una presunzione di colpevolezza. Come ammettere dunque che equivalga invece al suo opposto, cioè a una presunzione d’innocenza?”

O art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, assegura:

“Art. 283. 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” (destacamos)

Na presente decisão não há qualquer menção ao art. 283 e tampouco uma declaração fundamentada de sua inconstitucionalidade, pois ele é completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF.

Como simplesmente ‘não aplicar’ o art. 283 sem declarar previamente sua inconstitucionalidade?

A problemática foi muito bem tratada por Streck<sup>59</sup>, quando analisando a decisão proferida pelo Min. Teori Zavascki, ainda no Superior Tribunal de Justiça, no voto na Recl. 2.645, quando diz: não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”.

Ou seja, não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade.

Consequentemente, segue questionando Streck, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? “Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF”.

---

<sup>59</sup> Lenio Streck – Opinião: Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional, disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>]. Acesso em 20.05.2016

Portanto, de duas uma: ou o acórdão viola direta e frontalmente o disposto no *caput* do art. 283 do Código de Processo Penal, e isso precisa ser reformado e suprindo-se tal omissão do v. acórdão; ou o referido dispositivo é inconstitucional e assim precisa ser expressamente declarado. O que não pode ocorrer é simplesmente não enfrentar a (in)constitucionalidade do referido dispositivo, sobre tema de tamanha relevância práticas, com inelimináveis prejuízos para a liberdade dos acusados.

### **9. O argumento da (de)mora jurisdicional, a sensação de impunidade e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’.**

Outro argumento utilizado no acórdão objeto de análise relaciona-se com a (de)mora no julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário como fonte geradora de impunidade e insatisfação social.

Não é necessário maior esforço, sendo do conhecimento geral que o sistema de justiça criminal brasileiro está sobrecarregado. Nos Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o cenário não é diferente.

Especialmente no Superior Tribunal de Justiça, parece inegável a necessidade de ampliação do número de Ministros e, especialmente, de turmas criminais, dar conta da demanda de um país de dimensões continentais como o Brasil. A realidade tem demonstrado apenas 2 turmas criminais é absolutamente insuficiente para a demanda existente. E, se essa demanda é alta, as causas são complexas e precisam ser estudadas, bem como assumido que existe muita patologia decisória nos tribunais inferiores.

O argumento da (de)mora jurisdicional e da eventual ocorrência da prescrição, são legítimos. A ilegitimidade está na “solução” dada: execução antecipada da pena, sem qualquer caráter cautelar (ou seja, sem *periculum libertatis*).

O tensionamento entre o “tempo do direito”<sup>60</sup> e o “tempo social”, especialmente em uma sociedade regida pela velocidade (dromologia) como a nossa, é inegável e de difícil compatibilização. Há que se respeitar o tempo do direito, pois ele nunca conseguirá (ou mesmo deveria) atuar na dinâmica do imediato e corresponder as nossas ambições de uma justiça imediata e hiperacelerada (e a prisão cautelar tem um efeito sedante e gera essa ilusão). Isso não quer dizer, tampouco, que o processo deva demorar demais ou ser infundável. Há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais. Devemos buscar a diminuição do que Chiavario denomina “tempos mortos”<sup>61</sup> e melhorar a dinâmica procedimental.

Portanto, não é a execução antecipada da pena que irá resolver o problema da imensa demora jurisdicional no julgamento dos recursos especial e extraordinário. A discussão sobre o paradoxo temporal é válida e complexa, mas que infelizmente está sendo reduzida e pseudo-solucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena. É um efeito sedante apenas. A persistir nessa linha, continuaremos com uma demora imensa e crescente, agravada pelo fato de que muitos acusados - ainda presumidamente inocentes - pois não houve o trânsito em julgado exigido pela Constituição para que sê-lhes retirem a proteção - vão ter de suportar a demora presos, em um sistema carcerário medieval como o nosso.

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados.

Como escrevemos: “trata-se, sem dúvida, de responsabilidade do Estado perante o cidadão. Cumpre ao Estado prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Sobre o tema: Aury Lopes Jr, Aury e Gustavo Henrique Badaró. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>61</sup> Chiavario, *Processo e garanzie ...*, v. II, p. 274

<sup>62</sup> *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável ...*, p. 69

Lembremos a perfeita lição de Guasp:

“es una exigencia derivada del derecho natural la que impide al Estado desentenderse del problema de si existen o no en el conjunto de sus actividades algunas dirigidas fundamentalmente a la realización de aquel valor (justicia). Existe un auténtico derecho subjetivo para los súbditos del Estado a que el Poder Público se organice de modo que los imperativos de justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos, sin que el Estado pueda omitirse de combatir las medidas, que en su conjunto de actividades, no respondan a las mínimas exigencias de justicia”.<sup>63</sup>

Tal constatação nos remete ainda a outro ponto crucial: se de simples gestão de volume processual está a se tratar, foi feito um estudo de impacto carcerário dessa decisão que autoriza a execução antecipada da pena? A resposta é um rotundo não.

Mas diante do já colapsado sistema carcerário brasileiro, é previsível e elementar que será catastrófico.

E como conciliar que, o mesmo Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheça o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário<sup>64</sup> e admita a execução antecipada da pena?

Nesse breve período de vigência da novel decisão, o que já se está vendo no Brasil é uma sanha punitivista e carcerizadora sem precedentes. Já há Juízes de primeiro grau determinando, *ex officio*, a prisão de réus que aguardam o julgamento do recurso especial; há Desembargadores proferindo votos e já determinando a expedição de prisão na sessão de julgamento em que o resultado é condenatório; Procuradores Regionais Federais e Procuradores de Justiça estão requerendo a prisão após a sessão de julgamento do recurso de apelação, quando o tribunal não se manifesta sobre a expedição de mandado de prisão. Enfim, para prender estão todos ativos. Resta saber se nosso medieval sistema carcerário vai dar conta ... e a resposta é óbvia.

---

<sup>63</sup> Jaime Guasp Delgado, Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad, *In*: ALONSO, Pedro Aragonés (Coord), *Estudios Jurídicos*, Madrid: Civitas, 1996, p. 173.

<sup>64</sup> STF, ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j 09.09.2015.

Mas, como já ressaltado, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconhece que:

- a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;
- c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema<sup>65</sup>.

Lê-se da ementa do v. acórdão:

“Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de **falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária**, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” (destacamos)

Reconhece a situação de colapso do sistema carcerário e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente? Não é possível ignorar a situação de fato ou, o que seria mais grave, dela tendo ciência e consciência, acreditar que a solução abrangente para uma persecução penal eficiente será, por meio da restrição à garantia constitucional da presunção de inocência, prender mais e pior!

---

<sup>65</sup> STF, ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j 09.09.2015, Informativo nº 798, do STF

**RESPOSTAS AOS QUESITOS**

1. A garantia constitucional da presunção de inocência vigora até que momento da persecução penal, no processo penal brasileiro?

R.: O texto constitucional brasileiro é expresso em estabelecer um marco temporal para a garantia da presunção de inocência, que nos precisos termos do inciso LVII do *caput* do art. 5º, vigora “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendida essa expressão, em seu significado técnico, de momento da passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada.

2. É compatível com a presunção de inocência determinar a prisão de um acusado, para início de execução da pena, em caráter provisório, antes do trânsito em julgado, quando ainda é possível interpor ou está pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário?

R.: A resposta é negativa. Durante o prazo recursal em que é possível a interposição de recurso especial ou extraordinário, ou mesmo após a interposição de tais recursos, mas antes do seu julgamento final, ainda não houve o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vigorando a regra de tratamento do acusado, decorrente da presunção de inocência, que veda equipará-lo ao condenado por sentença definitiva, sendo inconstitucional antecipar o seu cumprimento de pena.

É o nosso parecer.

São Paulo, 20 de maio de 2016.



Aury Lopes Júnior

Professor Titular de Direito Processual Penal no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul



Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Professor Associado de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



AURY LOPES JÚNIOR

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ