

PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO-CULPABILIDADE: ESTUDO CRÍTICO DO SEU SENTIDO, ALCANCE E CONSEQUÊNCIAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL GARANTÍSTICO

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO¹
LUÍS ROBERTO GOMES²

RESUMO: A Constituição brasileira de 1988 consagrou o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, no inciso LVII do artigo 5º, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, estreitamente ligado ao direito penal e diretamente operante no processo penal. O presente trabalho estuda esse dispositivo como norma de tratamento, investigando doutrinariamente seu sentido, alcance e repercussão na execução provisória da pena, na custódia cautelar, na antecipação de benefícios da execução penal e no processo eleitoral, norteando-se pela garantia constitucional de que não se consubstancia a responsabilidade penal definitiva enquanto não sobrevir o marco temporal-formal representado pelo esgotamento de todos os recursos possíveis e viáveis garantidos pela ampla defesa e pelo devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência, não culpabilidade, dignidade da pessoa humana, execução provisória da pena, inelegibilidade.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution of 1988 enshrined the principle of presumption of innocence or non-culpability, in clause LVII of article 5, providing that "no one shall be guilty until a final sentence of conviction", closely linked to criminal law and directly in criminal proceedings. The present study studies this device as a treatment standard, investigating its meaning, scope and repercussion in the provisional execution of the sentence, in the custody of the custody, in the anticipation of benefits of the criminal execution and in the electoral process, guided by the constitutional guarantee that it does not definitive criminal responsibility is constituted until the formal time-frame represented by the exhaustion of all possible and viable remedies guaranteed by the ample defense and the due process of law.

KEYWORDS: presumption of innocence, not guilt, dignity of the human person, provisional execution of sentence, ineligibility.

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Advogada.

² Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito Penal Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Penal no Centro Universitário Toledo Prudente. Procurador da República.

SUMÁRIO: 1 *Considerações iniciais;* 2 *Breve relato histórico;* 3 *Presunção de inocência ou de não culpabilidade:* 3.1 *Conceito, natureza e terminologia;* 3.2 *Conteúdo e alcance;* 4 *Constituição, devido processo penal e presunção de inocência;* 5 *Execução provisória da pena, custódia cautelar e antecipação de benefícios da execução penal;* 6 *Presunção de inocência e condenação criminal por órgão colegiado como caso de inelegibilidade.* 7 *Considerações finais;* 8 *Referências bibliográficas.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição de 1988, sem precedente nas anteriores, estabeleceu, no inciso LVII do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, determinando a aplicação do princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, no âmbito do direito processual penal.

Hodiernamente, existe um apelo social elevado em favor de um combate mais acirrado contra a criminalidade organizada, a exemplo da derivada da corrupção, da lavagem de dinheiro e dos delitos econômicos que lesam o patrimônio público, mormente em face de operações policiais e ações penais que tem atingido “altas patentes da república”. Pugna-se pela antecipação da prisão, após a condenação em segunda instância, com a finalidade de se verem castigados os que cometem delitos tão graves. Preconiza-se que a execução provisória da pena é compatível com a presunção de inocência e com outras exigências igualmente constitucionais como a duração razoável do processo e a eficiência, sendo necessária para se evitar a impunidade gerada pela prescrição, em razão da grande demora para o julgamento dos casos nos tribunais superiores. A oscilação da jurisprudência pátria é fato.

Há que se questionar se a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, compromete ou não o princípio constitucional da presunção de inocência, se impede ou não a execução provisória da pena. Faz-se imperioso investigar se é viável determinar o cumprimento da pena enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, ou seja, enquanto pendente de julgamento qualquer recurso manejado pelo réu, ainda que especial ou extraordinário.

Impõe-se nessa tarefa a questão de saber se argumentos de política criminal (v.g. maior eficiência no combate à criminalidade, de ordem processual (v.g., não existência de efeito suspensivo e inviabilidade da reanálise de fatos e provas, em sede de recursos extraordinário e especial) ou de mesmo ordem prática (v.g., necessidade de agilizar o processo em contraposição à interposição de recursos com intuito protelatório) autorizaria o início de cumprimento de pena já após o transcurso do duplo grau de jurisdição.

No presente estudo, desenvolve-se estudo crítico acerca do sentido, do alcance e das consequências da incidência desse princípio na esfera processual penal, abordando sua relação com o direito penal e avaliando, inclusive, se o *status* jurídico-constitucional por ele conferido autoriza a execução provisória da pena privativa de liberdade ou se viola direito fundamental. A reflexão demanda, por oportuno, também investigar-se a influência do princípio da não culpabilidade na custódia cautelar, na antecipação de benefícios da execução penal e no processo eleitoral, no que concerne à viabilidade de considerar-se a condenação por órgão colegiado como caso de inelegibilidade.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO

Aponta-se, como diploma que consagrou expressamente, no ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, advinda da Revolução Francesa, que, em seu artigo 9º, dispôs que “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”.

As raízes estão no movimento iluminista, de ruptura com o procedimento inquisitório da idade do terror, marcado por acusações secretas e torturas, em que se partia da presunção da culpabilidade e que o acusado, desprovido de qualquer garantia, não passava de mero instrumento do processo e não o contrário. Adquire relevo a presunção de inocência como preocupação humanística de tratar os acusados com

igualdade, pois poderiam ser tanto culpados como inocentes, uma preocupação que se dizia de sociedade civilizada³.

Lembra Roxin que, no estado absoluto do início da Idade Moderna, todo poder penal residia no monarca que, com seus atos de autoridade, podia intervir na justiça segundo seu arbítrio. Havia identidade entre acusador e juiz (processo inquisitivo) e o imputado era, exclusivamente, objeto de investigação, não podendo exercer, na prática, os direitos que lhe correspondiam segundo a ordem processual, quando esses direitos entravam em contradição com os interesses de poder da condução do Estado. O instituto do procedimento penal característico para isso era o *tormento* (tortura, interrogatório coativo), praticado uma ou outra vez, inclusive contra a lei, com fundamento na “razão de Estado”⁴.

Considera-se que, apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média, bastando recordar que, “no processo penal medieval, a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve”⁵.

Aduz Roxin que o processo penal do Estado absoluto foi destruído pela Ilustração e pelo liberalismo construído sobre sua ideologia, à luz dos três princípios fundamentais do novo modelo estatal com significado decisivo para a reforma processual penal. Do princípio da divisão de poderes, se derivou a independência dos juízes que, de tal modo, deveriam ser colocados em uma situação de equilíbrio imparcial entre o benefício coletivo e os interesses individuais. O reconhecimento de *direitos fundamentais* precedentes do Estado teve como consequência que o imputado

³ Beccaria enunciou que 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 poderia, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se estava em dúvida se ele seria inocente ou culpado (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 37).

⁴ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 10.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002, p. 441.

foi reconhecido como *sujeito do processo* e foi dotado de direitos autônomos, dos quais os mais importantes foram o direito ao respeito da dignidade humana e o direito amplo à defesa. E, finalmente, o princípio de *reserva de lei* garantiu que a intervenção do Estado na esfera de liberdade do imputado só se levaria a cabo *conforme as leis*⁶.

O pensamento liberal, cujo escopo magno repousava em preservar a esfera de liberdade do indivíduo de ingerências estatais arbitrárias ou excessivas, estabeleceu garantias, pautadas no respeito aos direitos fundamentais de primeira geração, constituindo diretivas básicas para um procedimento penal exercido com lealdade, de acordo com o Estado de Direito, entre elas a de que não se poderia presumir a culpabilidade.

Na esteira da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 1948, calcada em bases éticas e humanistas, protecionista de direitos fundamentais, dispôs, em seu artigo 11.1, que “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”.

Em 1950, cabe registrar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabeleceu a presunção de inocência em seu art. 6.2, estatuinto que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente demonstrada”.

Por sua vez, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (1969), popularmente chamada de Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, preconizou que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Finalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 foi inovadora, ao estabelecer, no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade e à segurança, nos termos em que, entre outros direitos

⁶ ROXIN, Claus, op. cit., p. 10-11.

fundamentais, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

Esse dispositivo será doravante analisado no presente artigo, em cotejo com os diplomas internacionais referidos, a fim de se perquirir sobre seu sentido, alcance e consequências no cenáculo nacional.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO-CULPABILIDADE

3.1 Conceito, natureza e terminologia

Cuida-se de princípio basilar do processo penal expresso em norma constitucional, em face do qual a determinação definitiva da responsabilidade penal por fato criminoso exige o trânsito em julgado da respectiva sentença penal condenatória. O princípio da presunção da inocência é um princípio do ordenamento jurídico constitucional, estreitamente ligado ao direito penal e diretamente operante no processo penal, que estabelece um estado de inocência ou de não culpabilidade, como regra norteadora em relação ao investigado ou acusado pela prática de infração penal. Consubstancia direito fundamental de primeira geração, lastreado em opção política do Estado democrático de Direito e exercido pelo indivíduo contra o uso arbitrário do poder punitivo, como instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humanas, em sede de persecução penal. Expressa a função de garantia constitucional do indivíduo no âmbito do processo penal, no sentido de que não será considerado culpado enquanto não sobrevir o marco temporal-formal representado pelo esgotamento de todos os recursos possíveis e viáveis garantidos pela ampla defesa e pelo devido processo legal.

A norma constitucional em foco, ao tempo em que firma direito subjetivo individual, estabelece a correspondente garantia, inserida no rol dos dispositivos constitucionais do processo penal, de que o investigado ou acusado não será tratado juridicamente como culpado, antes do encerramento da relação jurídica processual que instrumentaliza o exercício do *ius puniendi* estatal. É, pois, uma *norma de tratamento*. Em sentido figurado, é como se fosse criada uma aura de neutralidade envolvendo a figura do imputado, vedando a imposição do *status* similar ao do condenado, enquanto a resposta estatal não for a definitiva, que ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença penal.

É tradicional a denominação de princípio da presunção de inocência⁷ ou de presunção de não culpabilidade, expressões tais que se equivalem⁸, até porque, como é cediço, o *inocente* é o *não culpado*, aquele que *não tem culpa* ou, mais precisamente, aquele que *não tem culpabilidade*, quer dizer, o indivíduo a quem ainda não se concretizou a atribuição da prática de um injusto culpável por sentença penal irrecorrível.

Note-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 utilizou ambos os termos “culpado” e “inocente”, ao dispor que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado” (art. 9º). Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 11.1, conjugou os termos “inocente” e “culpabilidade”, (“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”). Foi seguida, nesse aspecto, pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estatuiu, em seu art. 6.2, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente demonstrada”. Já a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (1969) preconizou que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, 2), lançando mão dos termos “inocência” e “culpa”. Culpa, na realidade, não significa, por

⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho ressalta: “Claro que a expressão ‘presunção de inocência’ não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72).

⁸ Afirma-se que “não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 57). Nesse sentido, faz-se alusão à “inexistência de diferença semântica ou de conteúdo entre presunção de inocência ou de estado de não culpabilidade. Presumir inocente, reputar inocente ou não considerar culpável, significa exatamente o mesmo” (CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 30-31).

óbvio, inobservância do cuidado objetivo necessário por imperícia, imprudência ou negligência, mas se trata, justamente, de “culpabilidade”, conforme constou das duas Convenções anteriores. Note-se que a Constituição de 88 não se refere diretamente a “inocente” ou “inocência”, tendo preferido utilizar o termo “culpado”, definindo que “ninguém será considerado” enquadrado nessa categoria até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do artigo 5º). Exsurge a “presunção de inocência”, na verdade, em função de interpretação lógica, pois se o indivíduo não será considerado “culpado” até o termo final desfavorável a ele, é porque, até então, ostentará a qualidade ou o estado de “inocente” ou de “inocência”. Melhor teria sido se, ao invés de “culpado”, tivesse sido utilizado “culpabilidade”, como foi na Declaração de 1948 e na Convenção de 1950, até porque essa referência à culpabilidade fornece ao intérprete dado essencial em relação ao conteúdo principiológico, ao conectá-lo com o princípio de culpabilidade e mesmo com a culpabilidade como categoria dogmática, até porque não há crime nem pena sem culpabilidade.

Aliás, aponta Luiz Luisi que a nossa ordem jurídica confere à culpabilidade gabarito constitucional, considerando, entre outros dispositivos, justamente o inciso LVII do artigo 5º (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), isto querendo dizer que “a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico”⁹, o que representa uma máxima dentro do Estado Democrático de Direito, uma conquista do direito penal liberal, postulado a partir do qual surge a necessidade de se demonstrar até que ponto é legítimo o Estado exigir por meio de seu aparato burocrático-criminal, determinado comportamento individual¹⁰. Nessa linha, assevera-se que “o postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade - proporcionalidade na culpabilidade - vem a ser uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal”¹¹. Esse princípio, de relação direta como a legalidade penal, “reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser

⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre, 2003, p. 37.

¹⁰ LUISI, Luiz, op. cit., p. 37-38.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 247-248.

humano. É diretriz garantista, essencial à afirmação do Estado democrático de Direito”¹².

Ademais, juridicamente, o princípio em estudo possui duas grandes bases, a primeira, ora debatida no presente estudo, considerada como regra de tratamento, ou seja, o acusado deve ser tratado como inocente enquanto permanecer o curso do processo, do seu início até o seu trânsito em julgado, e a segunda como regra probatória, em razão da qual o acusador tem o dever de provar o que alega, não podendo ocorrer esse ônus ao indivíduo acusado de ter que provar a sua inocência, o que é uma das grandes ilações do Estado democrático de Direito.

3.2 Conteúdo e alcance

A Constituição de 1988 foi inovadora em matéria de presunção de inocência, enunciando como direito fundamental que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII)”.

Em primeiro lugar, em homenagem ao princípio da igualdade, a norma constitucional não excepcionou, ao dispor que “ninguém”, ou seja, nenhuma pessoa, será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Qualquer um que responda por fato-crime somente será considerado culpado por sua prática quando sobrevier a condição mencionada, independentemente do delito perpetrado e das condições pessoais, da origem, da situação econômica e da periculosidade de cada um. A norma de tratamento prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, portanto, veda tratamentos desiguais para pessoas investigadas ou acusadas, estatuidando que “ninguém” será tomado antecipadamente como culpado. Ou seja, todos ostentarão a posição de inocentes, no âmbito do processo penal, até sobrevir o trânsito em julgado, sendo inadmissível a discriminação conforme a posição do imputado na investigação (investigado, indiciado) ou no processo (denunciado, condenado, condenado em segunda instância), até porque assim não distinguiu a norma constitucional. Portanto, nem mesmo a confirmação de condenação pelo colegiado do órgão *ad quem* tem o condão de alterar a presunção de inocência para presunção de culpabilidade, haja vista perdurar o estado jurídico de não culpabilidade

¹² PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 248.

desde o início da atividade persecutória até o encerramento do processo de conhecimento.

O estado de inocência ou de não culpabilidade se estende até o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, no enunciado do art. 5º, LVII, da CF, de clareza redacional indiscutível, como se compusesse uma regra específica determinada e não um princípio cuja generalidade é característica, quanto ao *termo final* a partir do qual o acusado passa a ser considerado “não inocente” e ter condições de sofrer a execução da pena imposta na sentença penal condenatória irrecorrível¹³. E esta, diga-se de passagem, é aquela decisão em face da qual não cabe mais irresignação, que é coberta pela coisa julgada¹⁴ haja vista a preclusão da faculdade de interposição de recursos.

A imutabilidade da sentença penal condenatória imposta pela Constituição é imperativo lógico da necessidade de *certeza e segurança jurídica* na relação processual penal, advinda quando o processo se torna findo, abarcado pela preclusão, tornando-se inviável nova decisão sobre o mérito da causa que possa prejudicar o acusado. A aquisição de estabilidade da sentença condenatória com o trânsito em julgado é condição que encontra respaldo, portanto, também no *princípio de segurança jurídica*¹⁵.

¹³ Comenta-se que “no instante preciso em que a sentença penal condenatória transitou em julgado, o acusado, até então, presumido inocente, passa ao *status* de culpado, porque a sentença penal de mérito, tornada irrecorrível, assinala o limite ou barreira em que o Estado exauriu seu poder-dever de acusar, ficando, desse momento em diante, liberto da obrigação jurisdicional penal. Só, neste instante, é que se pode dizer: ‘A é culpado’, ‘é criminoso’ e, como tal, pode ser objeto de *identificação criminal*” (CRETILLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 537-538). Nesse sentido, “observe-se, a situação de condenado ter o termo *a quo* após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é consequência lógica dos princípios que, com vigorosa cautela, resguardam o réu durante a apuração do fato-infração penal. Se o *status* de condenado começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa plena seriam postergados, cedendo espaço a presunções que não encontram guarida na Constituição” (CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. São Paulo: RT, 1990, p. 91-92).

¹⁴ Leciona-se que “com os conceitos de coisa julgada formal e material são descritos os diferentes efeitos da sentença. A coisa julgada formal se refere à inimpugnabilidade de uma decisão no marco do mesmo processo (efeito conclusivo); junto a ele acarreta a executividade da sentença (efeito executivo). A coisa julgada material provoca que a causa julgada não possa ser novamente objeto de outro procedimento; o direito de perseguir penalmente está esgotado (*efeito impeditivo*)” (ROXIN, Claus, op. cit., p. 434).

¹⁵ Tomando esse princípio como um inarredável postulado legitimador da intervenção penal na democracia, um verdadeiro pilar estrutural do Estado de Direito, evidencia-se que “a segurança jurídica não é um simples fato, mas sim um *valor* – postulado basilar da ordem jurídica referido diretamente à pessoa humana -, que se encontra plasmado na Constituição Federal a partir da

A conexão entre os princípios da presunção de inocência, de culpabilidade e de segurança jurídica é fundamental e estruturante num Estado democrático de Direito, integrando uma rede principiológica de proteção das liberdades individuais perante o poder punitivo estatal, além de contribuir para a legitimidade do exercício do próprio *ius puniendi* e, enfim, para uma racionalidade do sistema penal pautada na dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna foi inovadora, mais garantística ao apresentar um elastério em relação aos diplomas clássicos internacionais, não se contentando com a comprovação da culpa ou da culpabilidade, mas exigindo que a proclamação do *status* de não inocente aguarde o esgotamento dos recursos permitidos, ou seja, a coisa julgada formal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 decretou o estado de inocência do indivíduo “até ser declarado culpado” (art. 9º); a Declaração Universal dos Direitos Humanos definiu o direito do acusado de ser presumido inocente “até que a sua culpabilidade tenha sido provada” (art. 11.1); a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 enunciou a presunção de inocência de qualquer pessoa acusada “enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente demonstrada” (art. 6.2); já a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) estabeleceu a presunção de inocência “enquanto não comprovada a culpa do acusado” (art. 8º, 2). Como se depreende, nenhuma dessas normas internacionais invoca o pressuposto do trânsito em julgado da condenação para a definição do estado jurídico de não culpabilidade, o que dá margem para iniciar-se a execução penal após a materialização do duplo grau de jurisdição. Nesse caso, prevalece a Constituição brasileira¹⁶, como

consagração do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CF)” (PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 181). Exemplifica-se que, em matéria penal, a segurança jurídica – enquanto princípio *constitucional* penal, manifesta-se em diversos dispositivos, tais como a legalidade e anterioridade penal, a irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu; os princípios da pessoalidade, individualização e humanidade das penas, e na maior parte das garantias processuais e de execução penal, entre elas a de *presunção de não culpabilidade* (PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 181).

¹⁶ Nesse sentido, sustenta-se acertadamente que a Constituição Federal “é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpado de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, pois, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, “b”). Em consequência, deverá sempre prevalecer a

disposição mais favorável ao direito individual em jogo, pois ela exige o trânsito em julgado para quebrar-se o escudo da não culpabilidade, de forma que, enquanto houver qualquer recurso *admissível*¹⁷, prevalece o estado de inocência.

Saliente-se, aliás, que não importa, então, se o recurso interposto é *ordinário*, que admite discussão de matérias de direito e de fato (v.g, apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes) ou se é *extraordinário*, que só permite impugnação em relação à matéria de direito (v.g., recursos extraordinário e especial, agravo da decisão de indeferimento desses recursos, embargos de divergência). Enquanto houver recurso admissível, qualquer que seja, não se produz a coisa julgada e não se afasta a presunção de não culpabilidade.

Nessa linha, deve-se frisar que, embora não seja viável a reanálise de fatos e provas em sede de recursos extraordinários (recurso extraordinário ao STF e recurso ordinário ao STJ), mas apenas matéria de direito (respectivamente, constitucionalidade e aplicação da lei federal), o juízo de incriminação do acusado na segunda instância, fundado em fatos e provas não reexamináveis pela instância extraordinária, não autoriza a relativização e nem a inversão do princípio da presunção de inocência.

Com efeito, não obstante os recursos de natureza extraordinária (recurso extraordinário e recurso especial), busquem, na realidade, uniformizar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e não discutir o mérito ação, sua interposição tem o condão de obstar a eficácia plena da condenação oriunda do duplo grau de jurisdição, até que haja o esgotamento de todos os recursos possíveis. Simplesmente, porque a Constituição assim o quer e expressamente o determina. O

disposição mais favorável” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 15).

¹⁷ Leciona-se que “a melhor doutrina assentou o firme entendimento de que o recurso capaz de obstar à coisa julgada é o *recurso admissível*. Se o juízo de admissibilidade é positivo, abre-se o caminho para o julgamento do mérito do recurso e o efeito obstativo da formação da coisa julgada se consolida. Mas se o juízo de admissibilidade é negativo, tranca-se a via recursal e ocorre o trânsito em julgado”. (GRINOVER, Ada PELLEGRINI; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 50). Cabe lembrar-se, todavia, que pode ocorrer que o recorrente impugne a decisão desfavorável proferida no juízo de admissibilidade mediante os recursos previstos no sistema, mas, “mesmo assim, enquanto não for julgado e denegado o agravo, não se poderá saber se a coisa julgada já se caracterizou em momento anterior. O possível provimento do agravo da decisão denegatória obsta a que se afirme o trânsito em julgado da decisão, que só será declarada na decisão denegatória do agravo” (GRINOVER, Ada PELLEGRINI *et al*, op. ci., p. 51).

efeito suspensivo aos recursos extraordinários é automático e decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, devendo as regras da lei ordinária serem revistas à luz da norma constitucional¹⁸. O revogado art. 27, §2º, da Lei 8038/90 (“Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”) *aplicava-se tão somente para o processo civil*. Assim, igualmente, em relação ao novel § 5º do artigo 1029 da Lei 13.105/2015, com a redação da Lei nº 13.256/2016, no sentido de que o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido, conforme o caso, ao tribunal superior respectivo, ao relator, se já distribuído o recurso, ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido. No *processo penal*, a produção dos efeitos decorrentes de sentença penal condenatória depende do trânsito em julgado, vedando-se, porquanto, qualquer espécie de antecipação do cumprimento da pena. Essa segurança jurídica foi imposta pela Carta Magna, cuja opção é a de não correr nenhum risco de que se antecipe a execução do acórdão prolatado no segundo grau de jurisdição. O acesso ao STJ por meio do recurso especial tem o escopo de proteção e orientação da aplicação das normas infraconstitucionais (CF, art. 105, III), enquanto o recurso extraordinário ao STF (CF, art. 102, III) possibilita o exercício do controle de constitucionalidade e o resguardo das normas da própria Constituição. O reexame de questões relacionadas à matéria de direito (constitucionalidade e aplicação da lei) pode influir na tipicidade, na antijuridicidade ou mesmo na culpabilidade, levando à absolvição¹⁹, caso em que não haveria como repor ao *status quo ante* a liberdade perdida, até porque pena cumprida é

¹⁸ Nesse sentido: “Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária (art. 637 CPP) ser revistas à luz da lei maior” (GRINOVER, Ada PELLEGRINI *et al*, op. cit., p. 51).

¹⁹ Argumenta-se que “impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do ‘duplo grau de jurisdição’ ou, ainda, pelo fato de a maior parte das irrisignações interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico de sua situação jurídica (...) É estabelecer, por consequência, uma via recursal de mero rito de passagem, passivo e inerte frente a decisão proferida nas instâncias inferiores” (CALEFFI, Paulo Saint Pastous, op. cit., p. 63).

pena morta e a liberdade não retorna jamais. Não obstante seja no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, é legítimo, por óbvio, que a Lei Maior estabeleça o termo próprio de fixação da responsabilidade criminal do acusado, ainda que seja postergado após os julgamentos dos recursos de natureza extraordinária, mesmo que não apresentem tão ampla devolutividade. Entende-se, portanto, como plausível a opção constitucional de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória, quanto se terá um pronunciamento judicial formal e substancialmente estável, sem possibilidade de reforma, para sacramentar-se o veredicto de culpabilidade.

Não obstante, é certo que argumentos de política criminal indicam a necessidade de mudanças no panorama vigente, com o fim de combater com maior veemência a criminalidade hodierna, especialmente a criminalidade organizada, de proteger mais eficazmente os bens jurídico-penais, de diminuir a impunidade e de evitar a morosidade do processo em razão da interposição reiterada de recursos com intuito protelatório, entre outras razões. Há que se perquirir, realmente, mormente em face do crescimento do crime organizado que assalta os cofres públicos, nos altos escalões e porões da República, se a possibilidade de exame dos casos concretos por quatro instâncias de decisão (juízos singulares, tribunais de segundo grau e tribunais superiores), seria mesmo necessária à efetividade da prestação jurisdicional, à realização da justiça e à proteção dos valores constitucionais mais caros.

Não se admite, contudo, a ignorância solene do que está escrito expressamente na Constituição, com uma clareza de doer os olhos, a pretexto de que o Direito Penal é ineficiente para combater as novas de criminalidade da sociedade atual. Em face do princípio de não culpabilidade, nos termos em que definido constitucionalmente, é inviável a execução provisória após a decisão do tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado, cujo significado é incontestado na legislação e segundo a doutrina brasileira. E a solução, diga-se de passagem, não passa pela alteração do inciso LVII do artigo 5º, pois não se admite proposta de emenda à Constituição tendente a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV)²⁰. A solução parece caminhar no

²⁰ No sentido de que essa matéria não parece ser de *conformação legislativa*, mas claramente de *índole constitucional*, não sendo possível alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser que

sentido da alteração no sistema recursal brasileiro, especialmente na competência dos tribunais superiores e/ou no funil de admissibilidade dos recursos às instâncias que seguem ao duplo grau de jurisdição. Incrementar a eficiência e a produtividade dos tribunais superiores também seria imensamente salutar.

4 Constituição, devido processo penal e presunção de inocência

Num Estado democrático de Direito, a liberdade e a dignidade da pessoa humana devem defendidas com a máxima intensidade possível, só se podendo fustigá-las em situações excepcionais, quando se fizer realmente imprescindível para a proteção dos bens jurídico-penais essenciais para a vida social. O paradoxo da possibilidade de se coarctar bens jurídicos para a proteção de outros bens jurídicos não pode ser compreendido senão quando o *ius persecutionis* estatal é concebido como instrumento cuja intervenção nos direitos e liberdades fundamentais deve ser exercida *limitadamente*, à luz dos postulados garantidores dos direitos fundamentais do indivíduo.

Aliás, pode-se dizer que o Direito processual penal é o *sismógrafo da Constituição do Estado*, residindo isso em sua atualidade política, a qual significa, ao mesmo tempo, que cada alteração essencial na estrutura política (sobretudo uma modificação na estrutura do Estado) também conduz a transformações no procedimento penal, em cujo âmbito entram em conflito os interesses coletivos e individuais entre si com mais intensidade que em nenhum outro âmbito, pois, muitas vezes, a imposição de pena significa um menoscabo total do interesse pela liberdade individual em favor do interesse de segurança geral²¹.

Não se pode descuidar, todavia, que a ingerência estatal na esfera de liberdade do homem só se legitima na medida em que é estritamente necessária, restrita a limites mínimos e precisos e por meio de instrumento que permita a mais ampla defesa do acusado e que respeite o estatuído na Lei Maior, sob pena de caracterizar-se arbítrio inaceitável num Estado democrático de Direito.

se altere a Constituição pela via adequada (Emenda Constitucional), vide PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51.

²¹ ROXIN, Claus, op. cit., p. 10.

A Constituição tem, justamente, relevantíssimo mister nessa tarefa do direito penal e do processual penal, estruturando-os e limitando-os, por meio da posituação constitucional de direitos e garantias fundamentais, bem assim de regramentos e de princípios, expressos e implícitos, que compõem uma plêiade de normas diretoras, cujas fronteiras devem nortear tanto o processo de seleção dos bens essenciais e de criminalização de condutas lesivas a esses bens, bem como a aplicação da lei penal aos casos concretos. Portanto, tanto o legislador infraconstitucional, ao legislar, como o juiz, no exercício da função jurisdicional, na esfera penal, são vinculados aos princípios reitores do Estado social e democrático de Direito, especialmente em tanto aos princípios constitucionais penais, como aos princípios penais constitucionais, e bem assim aos postulados do *due process of law* relativos ao processo penal, entre eles a garantia da mais ampla defesa e a própria presunção de inocência²².

Conforme se preconiza, a consecução do desiderato de jurisdicionalização da sanção penal, e, por via de consequência, da efetivação do *ius puniendi*, mediante, exclusivamente, o exercício do *ius perseguendi* e, em contrapartida, o de afirmação do *ius libertatis*, isto é, da liberdade jurídica da pessoa física, como autêntico e inarredável fundamento do processo penal, devem ocorrer sempre à luz do caráter publicístico do processo penal²³. Ademais, não se pode olvidar que, “estritamente ligado ao Direito Penal, e atendendo às diretrizes estabelecidas pelo escopo de suas respectivas normas – de *consecução do bem comum* e correlata *pacificação penal*, assecuratória da segurança pública -, o processo penal objetiva, concomitantemente, dupla finalidade, a saber: a) por um lado, a *tutela da liberdade jurídica do indivíduo*, membro da comunidade; b) de outra banda, o de *garantia da sociedade*, contra a prática de atos penalmente relevantes,

²² Rogério Lauria Tucci menciona como um dos corolários do *due process of law* – especificado ao processo penal, ou seja, do *devido processo penal*, a presunção de inocência, ou seja, na verdade, a “desconsideração de culpabilidade prematuramente assentada, ou não-consideração prévia de culpabilidade” (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002, p. 215).

²³ TUCCI, Rogério Lauria, **Teoria do direito processual penal**, p. 169. Segundo o autor, o respeito à liberdade integra a própria *essencialidade do poder-dever de punir*, que se faz exclusivo do Estado exatamente pelo fato de dever ser ele, precipuamente, “guardião-mor das garantias individuais”, tudo, enfim, a delinear a incidência do *interesse público*, em altíssimo grau, determinante do *caráter publicístico do processo penal*, que o distingue, nitidamente, de todos os outros ramos do Direito Processual, em especial do processo civil (TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 227).

pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura”²⁴. Aliás, “a íntima ligação existente entre o direito penal/processual penal e a Constituição se tornou de fundamental importância para compreender a finalidade do processo penal como garantidor das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos”²⁵. Possivelmente a solução constitucional se explique em virtude da origem histórica das garantias individuais, basicamente instituídas como proteção contra o arbítrio penal, e em função de estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal, em que o confronto Estado – particular é imediato e concreto, aí aparecendo decididamente a necessidade de garantias²⁶.

5 Execução provisória da pena, custódia cautelar e antecipação de benefícios da execução penal

Em face do raciocínio infra exposto, pode-se afirmar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda sujeito a recurso especial ou extraordinário, compromete irremediavelmente o princípio constitucional da presunção de inocência. Entendimento mais coerente com a diretriz basilar da Carta Magna definida no inciso LVII do artigo 5º é o de que não é possível determinar o cumprimento da pena enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, de sorte que, enquanto pendente de julgamento qualquer recurso manejado pelo réu, ainda que especial ou extraordinário, impede-se a antecipação da pena, haja vista a não superação de obstáculo processual penal constitucionalmente posto, qual seja, o trânsito em julgado. O limite semântico imposto pela redação do inciso LVII do artigo 5º e uma interpretação no âmbito do sistema de princípios e direitos fundamentais estatuídos pela Lei Maior não dão margem para a adoção de outra tese, senão a da impossibilidade de execução provisória de condenação ainda não transitada em julgado²⁷.

²⁴ TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 171.

²⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 39.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 125

²⁷ Em sentido contrário, Douglas Fisher afirma que “a análise *sistêmica* do ordenamento constitucional permite afirmar que *não há violação* do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa de liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos

Com efeito, “se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação de pena”²⁸. A presunção de inocência “traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio”²⁹. Deve, pois, ser “referendada como uma imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, restando perfectibilizada na necessidade da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a efetivação da prisão”³⁰.

A antecipação da execução da pena antes do esgotamento dos recursos teria que pressupor uma inversão principiológica da presunção de inocência para a assunção da culpabilidade após a materialização do duplo grau de jurisdição no caso concreto. Todavia, isso não passaria de invenção jurisprudencial, simplesmente porque a Lei Maior determina justamente o contrário. E “seja como ‘norma de tratamento’, como ‘norma probatória’ ou como ‘norma de juízo’ (ou também como ‘regra de fechamento’) a presunção de inocência caracteriza-se como regra imutável e, portanto, não suscetível a criações interpretativas do alcance de seu conteúdo”³¹. Uma interpretação contrária ao limite semântico do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, que acolhesse a

extraordinários e/ou especiais (*ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos*), notadamente porque há meio constitucional (*habeas corpus*) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1405). E que, “concatenando-se as previsões constitucionais, não há lugar para os excessos (em detrimento do cidadão-processado), nem para a inoperância/déficiência da prestação do serviço estatal (em detrimento dos interesses coletivos, relacionada diretamente com a eficiência e garantia da segurança social e pública), encontrando-se, nesse equilíbrio, verdadeira sistematização de preceitos que se revelam obedientes aos limites do Princípio da Proporcionalidade” (FISCHER, Douglas, op. cit., p. 1405).

²⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 328.

²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 43.

³⁰ CALEFFI, p. 155.

³¹ CALEFFI, p. 155.

possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, afrontaria garantias fundamentais do acusado e deturparia a estrutura do devido processo legal, ao par que a prisão se tornaria regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção de inocência”³².

Por força da norma de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, exercendo função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada, ou seja, ao proibir a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal³³.

Quer dizer, “somente as formas de prisão anteriores à condenação que atendam a finalidades processuais, de natureza instrumental ou final, destinadas a assegurar a própria realização do processo ou os seus resultados, não ofendem, em princípio a presunção de inocência entendida como garantia da posição de liberdade do acusado”³⁴. E não se pode olvidar que “num Estado Democrático de Direito, que adota como um de seus fundamentos o respeito pela dignidade da pessoa humana e proclama no capítulo dos direitos fundamentais a garantia das liberdades individuais, a segregação antes de uma condenação definitiva há de ser decretada como medida extrema e de caráter excepcional”³⁵.

A liberdade do acusado, no processo penal, constitui regra geral, como consequência do estado de não culpabilidade até o advento do fenômeno da imutabilidade da decisão final, enquanto o exercício do poder cautelar é exceção e tem por fundamento não a presunção de culpabilidade, mas a necessidade de proteção da higidez da investigação e/ou do processo, como se dá na prisão em flagrante (CPP, art. 302), na prisão preventiva (CPP, art. 312 e 313) ou na prisão temporária (Lei 7960/89),

³² CALEFFI, p. 64.

³³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51.

³⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 24.

³⁵ GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon. **Cautelaridade da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2004, p. 61.

que são teoricamente compatíveis com a presunção de inocência. Nesse caso, por exemplo, a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312), nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (CPP, art. 313, I), se o imputado “tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado” (CPP, art. 313, II), ou “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (CPP, art. 313, III). Dessa forma, apesar de não se poder presumir o acusado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, admite-se restrição à liberdade de um indivíduo antes disso, em caráter cautelar, se presentes todos os pressupostos legais. O princípio da presunção de inocência não é impeditivo para a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que essa exceção é também prevista constitucionalmente, no sentido de que “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” (CF, art. 5º, LXI).

Por fim, cumpre lembrar, no que concerne à antecipação dos benefícios próprios da execução penal definitiva ao preso cautelarmente, é plenamente admissível, pois não se trata de medida oriunda da execução provisória da pena, mas da custódia cautelar. Com efeito, havendo privação de liberdade, nada obsta que incidam os institutos da execução penal, como a progressão de regime, até porque a antecipação de benefícios dessa natureza constitui tratamento mais favorável ao preso, reduzindo-lhe o grau de restrição da liberdade e não o contrário.

6 Presunção de inocência e condenação criminal por órgão colegiado como caso de inelegibilidade

A Constituição de 1988, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 04/1994, estatuiu que “complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e

legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

À luz dessa norma constitucional, a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, nascida exemplarmente da iniciativa popular, alterou a LC nº 64/1994 (Lei das Inelegibilidades), determinando, entre outras coisas, a incidência da inelegibilidade pelo prazo de oito anos, quando presente decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado, por diversos delitos que especificou³⁶. Fez referência não só aos condenados por decisão transitada em julgado, mas enunciou bastar o pronunciamento condenatório de órgão colegiado, que pode ocorrer no duplo grau de jurisdição (em acórdão confirmatório de sentença condenatória ou em acórdão reformador de sentença absolutória, de primeiro grau) ou mesmo nos casos de competência originária, por força de foro privilegiado por prerrogativa de função.

A sistemática inovadora introduzida pela Lei da Ficha Limpa no âmbito eleitoral não viola o princípio da presunção de inocência, ao definir inelegibilidade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, haja vista encontrar fundamento na própria Constituição, que delega à lei complementar a missão de estabelecer outros casos de inelegibilidade – além dos já previstos constitucionalmente –, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Ora, o fundamento basilar do princípio da presunção de inocência – proteção do direito fundamental de liberdade do indivíduo em face do poder punitivo estatal – diverge do fundamento da inelegibilidade em foco – proteção do direito do povo, de

³⁶ LC 64/94, art. 1º. São inelegíveis: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

quem emana todo o poder, de escolher, entre os pretensos candidatos ao exercício do mandato eletivo, aqueles que não ostentem a qualidade negativa conferida pela prática de determinados crimes, confirmada por uma condenação criminal prolatada por órgão colegiado.

Com efeito, não se pode olvidar que “a inelegibilidade é um critério jurídico-político objetivo (abstrato) previsto em lei para definir o perfil esperado dos exercentes de mandato eletivo”³⁷. E, dessa forma, “a lei pode partir de presunções que objetivem salvaguardar as instituições do ingresso de pessoas destituídas do perfil desejado, desde que o faça segundo critérios objetivos e razoáveis. Não se trata de punir alguém, mas de considerá-lo incurso em uma circunstância que a lei reputa inconveniente para quem pretenda exercer as elevadas e sensíveis funções de mandatários públicos”³⁸.

Já o princípio da presunção de inocência é fundado num lastro garantístico que pressupõe um tratamento jurídico-constitucional diretamente ligado à proteção do *ius libertatis*, no sentido de que a responsabilidade penal exige a prova da autoria e da materialidade e o trânsito em julgado da decisão condenatória que reconheça a prática do injusto penal culpável, tomando-se a culpabilidade como parâmetro inarredável do Estado democrático de Direito.

Ocorre que as inelegibilidades não são dependentes de culpabilidade, até porque “pensa-lo seria incidir no desarrazoado, pois a própria Constituição traz inelegibilidades como a do cônjuge ou parente (art. 14), ou a proibição de nova reeleição, que nenhuma correlação guardam com juízos de culpabilidade”³⁹. Na verdade, essa categoria em nada se assemelha aos institutos próprios do Direito Penal,

³⁷ REIS, Márlon Jacinto. O Princípio Constitucional da Proteção e da Definição Legal das Inelegibilidades. In: CASTRO, Edson Resende de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de; REIS, Jacinto (Coords.). **Ficha Limpa**: Lei Complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru, SP: EDIPRO, 2010, p. 32.

³⁸ REIS, Márlon Jacinto, op. cit., p. 31. Nesse sentido, “toda e qualquer norma que restrinja o direito à elegibilidade para cargos públicos tem essa mesma finalidade de estabelecer o ‘mínimo’ esperado dos postulantes. Por seu intermédio, delinea-se negativamente o *perfil* dos candidatos, aspirando-se a evitar que o futuro posto venha a ser alcançado por quem se enquadre em uma das hipóteses de exclusão. Não se trata, de qualquer modo, de uma medida de caráter punitivo-criminal. Tampouco se cuida de pena de natureza administrativa. Nem mesmo estamos diante de uma sanção de qualquer natureza. Tais vedações possuem natureza preventiva e sua base constitucional se assenta nos princípios da moralidade e da probidade administrativas” (REIS, Márlon Jacinto, op. cit., p. 31).

³⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86.

pois a restrição de candidatura opera sem que com isso uma punição seja imposta, apenas se prestando a excluir do certame aqueles que – segundo critérios objetivos adrede normatizados – estejam incursos nessa que opera como uma típica cláusula de corte⁴⁰. Não se trata de antecipar uma “pena” para alguém que ainda responde a um processo criminal, mas de fixar um *critério abstrato* que em nada considera a efetiva culpa do pretendente, podendo-se afirmar que o §9º do art. 14 da CF “apenas autoriza a limitação à apresentação de candidaturas, nada mais, sem que com isso se alcance qualquer outro direito, em nada se confunde com a imposição de perda ou suspensão de direitos políticos, categoria jurídica que possui um conteúdo muito mais amplo”⁴¹.

Pode-se dizer, portanto, que no direito penal a culpabilidade é um juízo de reprovabilidade pelo fato individualmente determinado, no tempo e no espaço, que incide sobre a decisão de vontade do autor de praticar determinada conduta típica e ilícita (direito penal do fato), um imperativo do Estado de Direito. Já a inelegibilidade pode se assentar sobre o *modo de vida do agente*, que apresenta riscos ou perigos para o que deve ser protegido, ou seja, “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (CF, art. 14, §9º). A “vida pregressa do candidato” (CF, art. 14, §9º), como se vê, é levada em conta pela norma constitucional, para restringir candidaturas que não atendam aos requisitos necessários para a legitimidade do pleito eleitoral. Quer dizer, “enquanto na órbita criminal a pendência de uma condenação criminal não passada em julgado não produz qualquer efeito no que toca à imposição de uma pena exequível, no capítulo das inelegibilidades ela pode validamente constituir um *fato jurídico* apto a produzir efeitos, qual seja, o de fazer presente o risco aos bens jurídicos para os quais a Constituição determina a adoção de postura preventiva”⁴². Enquanto a pena tem por referência fato passado e finalidade retributivo-preventiva, “as inelegibilidades constituem matéria

⁴⁰ REIS, Márlon Jacinto, op. cit., p. 32-33.

⁴¹ REIS, Márlon Jacinto, op. cit., p. 32.

⁴² REIS, Márlon Jacinto, op. cit., p. 36.

totalmente distinta. Suas luzes se dirigem para o futuro, a fim de proteger a moralidade e a probidade administrativas, bem como a normalidade e a legitimidade dos pleitos”⁴³.

E, para o juízo de personalidade que o direito eleitoral impõe em face postulante à condição de mandatário político, basta que haja anterior condenação por órgão colegiado, que reconheça a prática antecedente de um dos delitos definidos na lei, tomada como incompatível com o que se espera de alguém que pretenda o exercício de função pública. Não há falar-se, portanto, em que tal inelegibilidade viola o princípio da não culpabilidade, porque este princípio simplesmente não se aplica nesse capítulo do âmbito eleitoral, haja vista a diversidade de conceitos, de fundamentos e de funções dos institutos em análise.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira de 1988 estatuiu o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, no inciso LVII do artigo 5º, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, cuidando-se de princípio basilar atuante no processo penal que consubstancia direito fundamental de primeira geração, lastreado em opção política do Estado democrático de Direito e exercido pelo indivíduo contra o uso arbitrário do poder punitivo, como instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humanas, em sede de persecução penal.

O princípio consagra a garantia constitucional do indivíduo de que não será considerado culpado enquanto não sobrevir o marco temporal-formal representado pelo esgotamento de todos os recursos possíveis e viáveis garantidos pela ampla defesa e pelo devido processo legal. É esse princípio que evita arbitrariedades do poder público e protege o réu da injustiça irremediável. Tem que ser visto com muita cautela qualquer afastamento da utilização desse princípio, pois a aplicação do pensamento contido na hipótese de inocência do acusado pela prática de uma infração penal reduz a possibilidade do exercício de uma justiça leviana. O Judiciário não pode se deixar levar

⁴³ REIS, Márlon Jacinto, op. cit., p. 36.

por princípios equivocados de justiça, não raro veiculados de forma espetaculosa nos meios de comunicação.

Cuida-se de uma *norma de tratamento*, como se fosse criada uma aura de neutralidade envolvendo a figura do imputado, vedando a imposição do *status* similar ao do condenado, enquanto a resposta estatal não for a definitiva, que ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença penal, o que é consignado em redação expressa e semanticamente indiscutível na Carta Magna.

A imutabilidade da sentença penal condenatória que reconhece a responsabilidade pela prática de injusto culpável é imperativo lógico da necessidade de *certeza e segurança jurídica* na relação processual penal, imposto pela Constituição, notando-se a conexão existente entre os princípios da presunção de inocência, de culpabilidade e de segurança jurídica, fundamentais e estruturantes num Estado democrático de Direito, integrando uma rede principiológica de proteção das liberdades individuais perante o poder punitivo estatal, além de contribuir para a legitimidade do exercício do próprio *ius puniendi* e, enfim, para uma racionalidade do sistema penal pautada na dignidade da pessoa humana.

Não obstante sejam imperiosas medidas para se combater com maior veemência a criminalidade hodierna, protegendo-se mais eficazmente os bens jurídico-penais, diminuindo-se a impunidade e evitando-se a morosidade do processo em razão da interposição reiterada de recursos com intuito protelatório, não se compreende como viável a execução provisória após a decisão do tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado, em face da didática redação constitucional do enunciado do princípio da não culpabilidade. E a solução, diga-se de passagem, não passa pela alteração do inciso LVII do artigo 5º, pois não se admite proposta de emenda à Constituição tendente a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV). A solução parece caminhar no sentido da alteração no sistema recursal brasileiro, especialmente na competência dos tribunais superiores e/ou no funil de admissibilidade dos recursos às instâncias sucessivas ao duplo grau de jurisdição.

No que concerne à prisão provisória, esta não encontra óbice no princípio da presunção de inocência, haja vista a diversidade de fundamento, assim como a antecipação dos benefícios próprios da execução penal definitiva ao preso

cautelarmente, plenamente admissível, pois não se trata de medida oriunda da execução provisória da pena, mas da custódia cautelar.

Finalmente, em relação à inelegibilidade calcada na condenação criminal em juízo colegiado por determinados crimes, não se pode falar em violação do princípio da presunção de inocência. Ao exarar a necessidade de se proteger “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, a Constituição deixa evidente a necessidade de um juízo de personalidade ou de condução de vida, que deve ser imposto àquele que pretende ser candidato a mandatário político. Para tanto, é suficiente que haja anterior condenação por órgão colegiado, que reconheça a prática antecedente de um dos delitos definidos na lei, *status* tal incompatível com o que se espera de alguém que pretenda o exercício de função pública. Não há falar-se, portanto, que essa inelegibilidade viola o princípio da não culpabilidade, próprio do direito processual penal e estreitamente ligado ao direito penal, porque o princípio, simplesmente, não se aplica no âmbito eleitoral, haja vista a diversidade de conceitos, de fundamentos e de funções dos institutos desses diferentes ramos do Direito, não obstante as conexões lógicas.

8 REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. São Paulo: RT, 1990.
- CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002.

GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon. **Cautelaridade da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2004.

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

_____. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada PELLEGRINI; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre, 2003.

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

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2017.

REIS, Márlon Jacinto. O Princípio Constitucional da Proteção e da Definição Legal das Inelegibilidades. In: CASTRO, Edson Resende de; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de; REIS, Jacinto (Coords.). **Ficha Limpa**: Lei Complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru, SP: EDIPRO, 2010,

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2006.

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

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002.