

## Editorial

# O pêndulo do Supremo

Sem embargo do cotidiano de violações a direitos humanos que todos estamos já acostumados a assistir em relação à clientela preferencial do nosso sistema de justiça (os pobres, preferencialmente negros), o IBCCRIM viu-se impelido a escolher somente uma delas para tratar no presente editorial, dentre várias outras (inéditas e, também, graves) violações que ora vêm sendo perpetradas pelo Poder Judiciário com o apoio da grande mídia e de parte expressiva da população: a presunção de inocência.

A história comprova que as questões relativas à proteção de direitos e garantias fundamentais passam por processos cíclicos. Por vezes, a reação ao autoritarismo do Estado é inflamada e a sociedade é intransigente quanto ao respeito dos direitos individuais dos cidadãos. Em outros momentos, entretanto, da sensação de insegurança e impunidade aflora um apelo pelo uso ferrenho e imediato do poder punitivo estatal.

Apesar de reprovável, é comum assistir ao Poder Legislativo e até mesmo ao Executivo acompanharem esse movimento pendular dos anseios sociais e adotarem medidas populistas, já que eleitos como representantes do povo. O que destoia da lógica da tripartição dos Poderes é o Judiciário, em tese isento e imparcial, abraçar essa causa e fundamentar suas decisões em razões políticas e utilitaristas.

Exemplo recente foi a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que deveria ser o guardião da Constituição, no julgamento do HC 126.292 em 17.02.2016, que alterou o posicionamento anteriormente consolidado no HC 84.078 de 05.02.2009, para autorizar a execução provisória da pena. O evidente retrocesso no que tange às garantias conferidas ao acusado foi encabeçado por voto do Ministro Teori Zavascki, que teve como tese central a ideia de que a situação de fato é definida no tribunal de origem em decisão condenatória e não pode ser reexaminada pelos tribunais superiores, o que teria o condão de afastar a presunção de inocência do acusado. Desenvolveu-se a ideia de que o processo é dividido em duas fases: ordinária, observada em primeira e segunda instância, e extraordinária, que ocorre diante dos tribunais superiores. Nesse sentido, o duplo grau de jurisdição estaria garantido e o tratamento de não culpado se esgotaria na fase ordinária do processo. Para justificar tal interpretação, recorreu-se a exemplos de ordenamentos jurídicos estrangeiros que permitem a prisão logo após a decisão da segunda instância. Foram invocadas, ainda, razões nitidamente utilitaristas, como a necessidade de evitar a prescrição e o desestímulo de recursos protelatórios, além do atendimento ao clamor da população que está farta de assistir ao tardar da Justiça.

Respeitado o louvável esforço argumentativo do Ministro Teori e dos demais que seguiram seu voto, este não se sustenta diante da inevitável indagação: o conteúdo normativo da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro exige o trânsito em julgado da decisão ou permite a acrobacia hermenêutica adotada pelo Supremo? A mera leitura do inc. LVII do art. 5º da Constituição resolve o problema ao consignar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Inadmissível a nova orientação.

Não obstante, a adoção da tese de que o acórdão condenatório proferido pelo tribunal de origem seria suficiente para tornar o acusado culpado,

porquanto encerraria a discussão fática do caso, ignora diversos aspectos, sobretudo a possibilidade de os tribunais superiores reconhecerem alguma nulidade processual, o que tornaria ilegal a prisão. Se a execução provisória tiver sido iniciada em momento anterior a tal pronunciamento, caberia a indagação do Ministro Lewandowski no julgamento: “E quem restitui a liberdade?”.

Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes observa que a alta probabilidade ou a certeza atingidas não afastam o fato de que a decisão do tribunal a quo é apenas uma fase e não tem o condão de encerrar a persecução penal.<sup>(1)</sup> Desenvolvendo o tema, pontua:

“Nesses termos, a presunção de inocência é violada na medida em que desrespeita a cláusula restritiva que o constituinte expressamente estabeleceu (‘até o trânsito em julgado da sentença condenatória’). Essa cláusula nasceu da intersecção entre a presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Por ela se define o trânsito em julgado da decisão condenatória como marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado”.<sup>(2)</sup>

O movimento pendular do Supremo, portanto, bate de frente com o conteúdo da Constituição Federal, tornando lamentável a decisão em análise. A solução apresentada é absolutamente inadequada, uma vez que tenta resolver as mazelas do Poder Judiciário às custas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Como bem afirmou a Ministra Rosa Weber, o novo posicionamento atropela o Texto Constitucional. Mas não é só. O Supremo Tribunal Federal viola a separação de poderes ao promover a alteração de uma cláusula pétrea definida pela Assembleia Constituinte eleita pelo mesmo povo que demanda maior rigidez na punição.

Por fim, deve ser lembrada a incoerência dessa decisão, que causará grande impacto no sistema prisional, após o Supremo ter reconhecido sua falência. Na verdade, o próprio instituto da pena de prisão parece estar fadado ao insucesso no alcance de suas finalidades clássicas de prevenção e repressão e tem sido objeto de constante reflexão pela Criminologia, o que aumenta a perplexidade diante da autorização de executá-la antes da estabilização completa da decisão condenatória, cabendo buscar explicação em Clarice Lispector: “Então por que a prisão? Porque a liberdade ofende”.

Assim, o IBCCRIM, além de contribuir com o debate sobre esse tema (que é tão caro às finalidades do Instituto) por meio de alguns artigos que são publicados nessa edição, expressa seu pesar diante do resultado do julgamento do HC 126.292, fazendo votos de que o pêndulo retome seu curso natural e volte rapidamente ao ponto máximo de defesa da presunção de inocência, onde deve permanecer o Poder Judiciário, imune a qualquer razão utilitarista, política ou social.

## Notas

- (1) ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *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. 445.
- (2) *Idem, ibidem*.

## | Editorial

O pêndulo do Supremo

### | Presunção de inocência

PL 4577/2016 (efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial em matéria penal): resumo da nota técnica do IBCCRIM  
Renato Stanzola Vieira e  
Bruno Shimizu \_\_\_\_\_ 2

### | Presunção de inocência

A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF  
Augusto Jobim do Amaral \_\_\_\_\_ 3

### | Presunção de inocência

Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF  
Salah Hassan Khaled Junior \_\_\_\_\_ 5

### | Presunção de inocência: jurisprudência anotada

Execução provisória da pena  
Geraldo Prado \_\_\_\_\_ 7

### Mouro

Sérgio Salomão Shecaira \_\_\_\_\_ 9

O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006)  
Marcelo Almeida Ruivo \_\_\_\_\_ 12

A Lei Maria da Penha completa nove anos: é possível trilhar caminhos para além de sua dimensão simbólica?

Isadora Vier Machado e  
Maria Lígia G. Granado Elias \_\_\_\_\_ 14

Pedido de absolvição pelo membro do Ministério Público em Plenário do Júri, e impossibilidade de submissão do feito à votação pelos jurados. O sistema acusatório em debate  
Eliza Bianchi \_\_\_\_\_ 16

Da inaplicabilidade do princípio *pas de nullité sans grief* ante a exigência de moralidade administrativa no processo penal brasileiro

Theodoro Balducci de Oliveira \_\_\_\_\_ 19

Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição

Alexandre Fonseca Monteiro de Castro \_\_\_\_\_ 21

Denúncia genérica baseada em procedimento fiscal: a indispensável necessidade de diligências pré-processuais  
Filipe Knaak Sodré \_\_\_\_\_ 22

## | Descasos

Marcos Roberto  
Alexandra Lebelson Szafir \_\_\_\_\_ 23

## | Caderno de Jurisprudência

IO DIREITO POR QUEM O FAZ  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1921  
Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina \_\_\_\_\_ 1922

## PL 4577/2016 (efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial em matéria penal): resumo da nota técnica do IBCCRIM

O IBCCRIM, por nota técnica encaminhada à Câmara dos Deputados em 03 de março de 2016, manifestou seu incondicional apoio ao PL 4577/2016, pelo qual se propõe que os recursos especial e extraordinário suspendam a eficácia da decisão condenatória penal.

Abaixo, são transcritos os principais excertos da nota técnica:

Em tempos estranhos nos quais a presunção de inocência é escancarada e impunemente vilipendiada a partir de decisão havida pela Corte Constitucional brasileira, o advento do PL 4577/2016 constitui-se em uma triste e irônica manifestação de alento, na tentativa de se resgatar e dar cumprimento à norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Triste, porque se trata de uma proposta de lei, portanto, de uma possível reconfiguração do cenário infraconstitucional, dado o catastrófico e irresponsável entendimento havido pela maioria do órgão que deveria guardar não a vigência e eficácia das próprias leis, mas sim de algo que lhes é intuitivamente superior e que conforma qualquer Estado: a Constituição Federal.

Triste, porque se diagnostica que o problema, estando acima de uma mera conformação de leis, aguardará solução talvez em outro momento, de nova composição e reconfiguração de entendimento, para que se rompa o divórcio entre o Texto Constitucional e quem o interpreta. E daí a dura escolha de, não se podendo contar com a responsabilidade, ainda, dos integrantes da Corte que é, também por dispositivo expresso, guardiã da Constituição do Brasil (art. 102, *caput*), tentar-se corrigir ao menos do ponto de vista infraconstitucional a grave situação.

Enfim, rompida a barreira, cuida-se de tapar algum buraco, para que o estrago não seja ainda maior como o anunciado, e do qual se fizeram, salvo honrosas exceções, ouvidos moucos.

E aí mesmo, o lado da ironia: como se fez questão de tratar nas justificativas do alvissareiro projeto de lei, dados estatísticos incontestáveis comprovam a reversibilidade em altos índices de percentuais (dada a intolerância que deveria guiar a todos nós – dos Ministros do Supremo aos carcereiros de casas de detenção) em situações recursais julgadas pelos Tribunais de cúpula. Mesmo que as análises de casos que ali chegam, reconhecidamente, sejam em matérias exclusivamente de direito.

(...)

É preciso, pois, que um projeto de lei, com sua densa justificativa, alterando pontualmente poucos dispositivos infraconstitucionais faça com que de novo se reflita sobre a brutalidade inata às razões da decisão havida no HC 126.292 e, também, sobre a irresponsabilidade de se fecharem os olhos a esse estado de coisas.

E mesmo que, como é até estimulante reconhecer, paute-se o debate do ponto de vista do direito processual penal e constitucional comparado, com a invocação de Estados formalmente de Direito, como o caso francês e dos Estados Unidos, há um claro limite de hermenêutica que deve(ria) impedir semelhante tentação de ubiquidade: se estamos no Brasil, é da Constituição brasileira e de nossa realidade que devemos tratar.

Cuidar de precedentes ou sistemas comparados é salutar, e sempre será, inclusive para que se promovam alterações no Brasil observado o debate legítimo a tempo e modo próprios. Agora, aferrar-se aos critérios comparatísticos como se a disposição brasileira – art. 5º, LVII, Constituição Federal – fosse questão de nonada, é inadmissível.

Pior é se esquecer o limite interpretativo do citado dispositivo constitucional para, em seu ousado e claro prejuízo, sucumbir-se à voz das ruas. O que está diante dos olhos, para que fiquemos no patamar específico da chamada jurisdição constitucional, é algo advertido há tempos por Konrad Hesse: a *vontade da Constituição* soçobra diante de situações fáticas. Situações essas que, reconheçamos, nem de longe implicam periclitância da sobrevivência das próprias instituições brasileiras. E ainda parafraseando célebre autor norte-americano, Alexander Bickel, que estudou a jurisdição constitucional daquele país, a corte deveria ser *the least dangerous branch*. E nunca, num exercício responsável e prudente de jurisdição constitucional, *the most dangerous branch*, como foi o que se deu, tristemente, com a recente decisão do STF.

(...)

Se tecnicamente as questões recursais desafiam uma análise quanto ao manuseio de recursos procrastinatórios ou não, se o tempo inerente a cada processamento e julgamento de recursos é algo a ser reanalisado, e se, enfim, as posturas de advogados, promotores, juízes e Ministros do Supremo Tribunal Federal diante do fator “tempo” é algo de ser levado em conta na “luta contra a impunidade” (e, como deve ser dito na luta por um processo penal mais célere e efetivo realmente), fato é que nada disso pode conspurcar a razão de ser do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Por isso, entusiasmadamente, e como postura de quem se agarra a uma tábua de salvação de cidadania, com o risco de se saber que até mesmo essa medida pode ser revertida não só em controle de constitucionalidade (caso o Supremo Tribunal Federal não altere seu vergonhoso posicionamento adotado no HC 126.292), e mesmo com o risco de ser reacomodada com a vigência do novo Código de Processo Civil e a iminente derrogação dos arts. 26 a 29 da Lei 8.038/90 (cf. art. 1072 do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015), mas certos de que a alteração legislativa proposta no artigo 637, do Código de Processo Penal privilegia a autonomia científica desse ramo do Direito e evita a discussão fora dos contornos do processo penal, **o IBCCRIM manifesta, pela presente, seu incondicional apoio a este projeto de lei, por vê-lo como uma tentativa válida e eficaz, ao menos enquanto os tempos são tão tenebrosos em termos de observância da garantia constitucional da presunção de inocência, e opina portanto por sua rápida tramitação e aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.**

Não é o caso de se parabenizar a este ou aquele deputado pela iniciativa do citado projeto de lei, mas sim de se irmanar à proposta, por ser ela corajosa do ponto de vista de frontalmente assumir a posição garantista, minimamente aceitável diante do cenário constitucional brasileiro, e de ser ela efetiva, do ponto de vista da alteração legislativa – na Lei nº 8.038/90 e no Código de Processo Penal vigente – e de sua consequência prática.

Com o advento do novo Código de Processo Civil e a revogação dos artigos 26 a 29, da Lei nº 8.038/90, poderia ser o caso de redisciplinar a matéria especificamente no campo processual penal (pois as postulações de efeitos suspensivos aos recursos extremos passarão a ser regidas exclusivamente pelo novo Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 1029, § 5º), mas a alteração prevista no art. 637 do Código de Processo Penal traz a necessária segurança jurídica ao tema.

De qualquer forma, a presunção de inocência pode ficar órfã, como se não houvesse mais a redação clara e cristalina do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. E assim se resgata o que se disse acima: triste que o legislador infraconstitucional precise reformular a Lei Federal para prestigiar o dispositivo expresso na Constituição Federal; e irônico porque o desprestígio à norma constitucional partiu do órgão que a deveria proteger.

Algo precisa ser feito, urgentemente, para que isso não se cristalice. E essa iniciativa, sem prejuízo de outras, é plenamente válida para que se inicie o processo de refazimento de nosso Estado de Direito violado, e para que não se concretize outra gravíssima violação a outra lição sabida de todos – e particularmente de quem milita na área de direitos fundamentais –, que é a cláusula da proibição do retrocesso civilizatório e da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

A íntegra da nota pode ser acessada pelo seguinte link: <[http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/pl\\_4577.pdf](http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/pl_4577.pdf)>.

**Renato Stanzola Vieira**

Coordenador-chefe do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM.

**Bruno Shimizu**

Presidente da Comissão do Sistema Prisional do IBCCRIM.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

# A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF

Augusto Jobim do Amaral

*Tudo é grave.* Em tempos de perene urgência punitiva, aparentemente irrefreáveis, a decisão por uma postura firme se impõe, nem que seja pelo resto de vergonha que ainda nos sobreviva. Um “não” como germe persistente sobre aquilo que nos assola como imponderável deve subsistir. Os nada novos ares de *progresso* judicial hoje inspirados pela ode ao combate à impunidade (ou *slogans* afins) não cessam de deixar, no horizonte, sob escombros, o lastro das conquistas democráticas. Mas no frenesi da torrente punitiva, sempre há tempo para que as forças da sociedade forjem suas resistências.

No dia 17 de fevereiro, o STF no HC 126.292/SP (rel. Min. Teori Zavascki), mais uma vez ratificou as lamentáveis tendências descritas e retrocedeu, mudando seu próprio posicionamento e permitindo a execução provisória da pena. Noutros termos, decidiu pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Diretamente, se não a solapou de vez, ao menos, restringiu, e muito, o âmbito da chamada presunção de inocência. Amparada pela Carta Constitucional no seu art. 5.º, LVII, passando pela consagração em diversos diplomas internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9.º.º), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XI, 1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica de 1992, art. 8.º, 2), surdos passaram aos ouvidos da Suprema Corte os reclamos, porém nada imunes estavam aos influxos da verborragia punitivista, farta em se camuflar das melhores intenções.

Nem mesmo sobre um olhar técnico remanesce alguma correção ao julgado. Se quisesse demonstrar a “nova-antiga” decisão que não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, que ao menos adentrasse, por correção hermenêutica, na análise da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.<sup>(1)</sup>

Poderíamos exaurir as imprecisões na decisão sem nem de longe flertar com aquilo que poderá, de fato, questionar o respaldo político-democrático do princípio da presunção de inocência, quer dizer, interrogar a dignidade da razão que ampara radicalmente a racionalidade jurídica ali estampada. Se o movimento de crispação constitucional, que representa um ressecamento das capilaridades dos direitos fundamentais ali respaldos não é inédito, não será à toa o cenário de notável esgarçamento do tecido democrático, com fissuras que esperamos não sejam irreversíveis. Ademais, quando falamos do exame daquilo que podemos aprofundar e chamar de *pré-ocupação de inocência*<sup>(2)</sup> o quadro toma tons ainda mais sombrios: naturalização do abuso das prisões provisórias, a ostensividade midiática despudorada no uso de algemas e a exploração das imagens de investigados e processados, prisões como forma de coação para obter confissões em megaprocessos capitaneados por messianismos

A pré-ocupação de inocência, tal qual um título ao portador dos acusados em geral diante do poder punitivo, além de ter papel central na arena do convencimento, principalmente em tempos de ativismos judiciais, é a aliada maior para a gestão e maximização das expectativas democráticas

judiciais, chegando até mesmo ao absurdo da “inversão do ônus probatório em matéria criminal” fragorosamente declarada por um Ministro no julgamento da AP 470 (“Mensalão”). Todo este corolário de violências naturalizadas apenas teve sua pá de cal no HC 126.292.

Não obstante, o que daquilo que borbulha merece politicamente ser enfrentado quando esta problemática é exposta e, ao que parece, falar em contenção do poder penal soa desprezível?

De início, cabe dizer que uma *teoria das presunções* intervém em qualquer *controvérsia*.<sup>(3)</sup> Com o processo penal, não seria diferente. Se, de modo mais simples, o processo penal não representa mero meio para realização do Direito Penal, mas o dispositivo por excelência de limitação do poder punitivo, garantido pela função jurisdicional, em que a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim é que classicamente se aduziu do *princípio da jurisdicionalidade* o postulado da *presunção de inocência*. Trata-se, para além de ser presunção “até que se prove o contrário”, de um *corolário lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento*.<sup>(4)</sup> Em que pese o princípio da *presunção de inocência* ter sido afirmado à época sob reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem, respaldado por uma valoração probabilística,<sup>(5)</sup> independentemente da aceitação disso, atualmente é *estado fundamental do cidadão, retrato da opção política insita ao Estado Democrático de Direito*.

O substrato primigênio da *presunção de inocência* alude uma clássica opção garantista de civilidade “em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpável”.<sup>(6)</sup> Razão tão bem explicada em prol do maior interesse de que todos os inocentes sejam protegidos – contrapondo-se o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável.<sup>(7)</sup> Na medida em que a seletividade é o traço permanente de qualquer sistema penal<sup>(8)</sup>, ou seja, o poder punitivo, tal como uma epidemia, funciona atingindo os mais vulneráveis ao seu programa criminalizador (assim, não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes), importará trazer a questão de forma clara. Portanto, presente uma máxima a ser interrogada de forma ideal, mas que denota em si a radical inclinação que deve manter qualquer sistema processual penal de cunho democrático: é preferível termos casos de culpáveis absolvidos com a certeza de que nenhum inocente será condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar idealmente todos os culpados condenados, todavia ao preço de algum inocente?

Sem subterfúgios: há uma enorme irresponsabilidade político-criminal envolvida na decisão do STF. Apenas como parâmetro, entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões de HC do STJ modificava algum aspecto das decisões emitidas pelos julgados de segunda instância. E nem falemos daquelas decisões que são mantidas em sede do STJ e modificadas pelo STF, ou quem sabe dos julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores.<sup>(9)</sup> O que se dirá dos expressivos equívocos depois do cumprimento da pena erradamente? E nem que fosse apenas um caso! Trata-se do *preço da democracia*. Ou se opta pela inocência de todos ao preço inclusive da não punição de algum culpável, ou declaremos abertamente nossa aversão àquilo que custa de fato viver num ambiente democrático. Por outro lado, não se precisará maiores incursões empíricas para se

surpreender com o simulacro do duplo grau de jurisdição a complicar ainda mais efetivação da presunção de inocência.<sup>(10)</sup> É sabido que os julgamentos de segundo grau comportam-se não raro como meros ratificadores das decisões monocráticas operados numa lógica de eficientismo repressivo. Num ambiente em que os recursos são vistos como meras peças que retardam a punição dos culpados e geram impunidade, e não como instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional democrática, a normatividade constitucional terá vida frágil. E sempre soubemos bem sobre o lombo de quem, mais ainda, recairão tais vulnerabilidades ao final.

Estamos às voltas da alternativa política fundada na linha ténue do complexo nexos entre *liberdade* e *segurança*, neste ponto aqui ao menos não visto como irreconciliáveis. Se, numa escala maior, o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de enfrentamento ao terrorismo acarreta uma espécie de *banóptico*<sup>(11)</sup> que nada acresce em segurança, mas possui como resultado o avanço a passos largos na direção de regimes autoritários, a extensão disso noutra perspectiva é o ideário persecutório em matéria penal, agora travestido no discurso de ocasião da “corrupção”,<sup>(12)</sup> que acaba por convocar a todos “por interesse público” a abrir mão daquilo que em qualquer outra circunstância não teríamos motivos para aceitar. A crise naturalizada expõe o *populismo punitivo como tecnologia judiciária permanente de governo*.<sup>(13)</sup> As primárias lições<sup>(14)</sup> de que alguma *segurança* apenas poderá ser conquistada na medida em que houver a mínima confiança na não violação da *liberdade* de quem quer que seja passou a ser peça de museu. Em contrapartida, quando o *medo* passa a assolar o inocente (quem não deve, também teme!), demonstrado estará tão somente o descompasso da função jurisdicional e a inversão ideológica condizentes às nefastas práticas inquisitivas.<sup>(15)</sup> Em suma, a *presunção de inocência* deve ser não apenas uma garantia de *liberdade pública* como valor fundamental, mas de *segurança* e *confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional.

Não por menos este princípio tem sido alvo, desde o século XIX, sistematicamente do ataque do pensamento autoritário. Não seria necessário lembrar a disputa da *presunção de inocência*, imersa no modelo republicano de democracia, com o pessimismo antropológico fascista inspirador do Código de Processo Penal brasileiro CPP/1941.<sup>(16)</sup> Não obstante, rever as odes de **Alfredo Rocco**<sup>(17)</sup> à reação de Manzini ao Código italiano de 1930 acerca da presunção de inocência sempre vem a calhar. Fragilidade principiológica que impôs, segundo o Ministro de Mussolini, tantos danos à justiça criminal - por isso seu Código centrado na incisiva intervenção capital do magistrado e seu protagonismo combinado ao menosprezo a este princípio.<sup>(18)</sup> Para chegar aos adágios fascistas de Manzini, necessário foi antes montar na Escola Positivista italiana o arsenal para poder munir a autoridade e nutrir o golpe decisivo dado pelo Código Rocco de 1930. Estratégia central da toada fascista que se transportou incólume à legislação brasileira juntamente com a centralidade e controle do magistrado sobre a prova. Ambos os corolários - desprezo pela *presunção de inocência* e *gestão da prova* sobre a égide do juiz - podem ser dispostos como faces do mesmo centavo.<sup>(19)</sup> Os dois, em paralelismo notável, procuraram atacar a medula que erige um sistema acusatório.

Nestes termos, diante da contraposição das hipóteses trazidas ao processo penal, é sobre a *dúvida* que se fala e, conseqüentemente, sobre a solução de *política constitucional* a ser escolhida ao final (vê-se, assim, claramente a implicação disso com a *carga da prova*). A *presunção de inocência* funciona como um instrumento, entre outros desdobramentos, pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória. Daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a própria *carga da prova* atribuída à acusação.<sup>(20)</sup>

Se no direito a *presunção* está a serviço da justiça do processo, que paradoxalmente é a mediação invocada pelo operador da *prova*, ela deve ser acompanhada, de uma “*pré-ocupação do terreno*”. Aí o ponto nodal que nos cabe destacar. Como escreve **Whateley**: “*de acordo com o mais correto uso do termo, uma ‘presunção’ em favor de qualquer suposição significa, não (como tem sido erroneamente imaginado) uma preponderância de probabilidade antecedente em*

*favor de algo, mas uma pré-ocupação do terreno, como implica que deve permanecer hígida até que uma razão razoável seja constituída contrariamente; em suma, a carga da prova recai sobre o lado daquele que a contestaria*”.<sup>(21)</sup>

Esta forma, rigorosamente falando, passando da mera retórica para a *política*, nossa visão da *pré-ocupação de inocência* (inclusive como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo*)<sup>(22)</sup> traz à tona o que há de determinante na gênese da presunção, deixando ultrapassar seu mero escopo jurídico: a natureza de *regra de fechamento*, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a *decisão político-democrática* auferida na sentença quando persistir a *dúvida* a ser convertida em *certeza jurídica*, estado este apenas abalável pelo trânsito em julgado final de sentença condenatória. Enfim, a *pré-ocupação de inocência*, tal qual um título ao portador dos acusados em geral diante do poder punitivo, além de ter papel central na arena do convencimento, principalmente em tempos de ativismos judiciais, é a aliada maior para a gestão e maximização das expectativas democráticas.

Numa cultura punitiva elevada à razão de estado, imperativo resistir e não transigir/relativizar com aquilo ou aqueles sobre os quais não se suporta mais negociar ofertas de acordo com o injustificável. Não se conciliam os valores de uma Constituição democrática, como é o caso da *pré-ocupação de inocência*, a “*uma aparência de sabedoria que nos causa horror*”<sup>(23)</sup> senão ao preço da cumplicidade com a sua derrocada.

## Notas

- (1) Ver toda a controvérsia em STRECK, Lenio. “Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional”, de 19 de fevereiro, em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>; e “Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF”, de 29 de fevereiro, em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>.
- (2) AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun. 2013.
- (3) GIL, Fernando. *Mimésis e negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984. p. 484 ss.
- (4) LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Firenze: G. Barbèra, 1899. p. 10 e 15.
- (5) CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del diritto criminale*. 2. edizione napoletana sull’ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854. p. 145.
- (6) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995. p. 549.
- (7) CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863. p. 373.
- (8) ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 46-51.
- (9) Pesquisa realizada por Thiago Bottino na FGV (Direito/RJ), disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>>.
- (10) Ver pesquisa feita no âmbito das Câmaras Criminais do TJRJ trazida em CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- (11) Cf. BIGO, Didier. Globalized (in)security: the Field and the banopticon. In: SAKAI, Naoki; SOLOMON, Jon (comps). *Traces 4: Translation – Biopolitics, Colonial Difference*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006. p. 5-49. O diagrama estratégico consiste em determinar uma minoria como excluída desde discursos de riscos e inimigos internos, passando pelas instituições como os centros de detenção até as portas de embarque dos aeroportos cruzando-se com leis e medidas administrativas que singularizam o tratamento de certo grupo. Em resumo, três elementos constituem este poder excepcional: a regra do estado de emergência, a seleção que exclui categorias sociais inteiras por seu comportamento social futuro e a normalização de grupos não excluídos mediante a crença na livre circulação de bens, capitais, informação e pessoas.
- (12) Cf. o nó górdio em SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.
- (13) Cf. o nosso *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014. p.358-388.
- (14) MONTESQUIEU. *The spirit of laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977. p. 217 e PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787. p. 27-28.

- (15) PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, p. 83-92; CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981, p. 625-658 e FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 550.
- (16) MORAES, Maurício Zanoide de. *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. 155 ss.
- (17) ROCCO, Alfredo. Prefazione. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931. p. IX-X.
- (18) MANZINI, Vincenzo. Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Roma: 1929. vol. VIII, p. 22 e MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. 175-184.
- (19) GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Seguido de um appendice sobre Os termos do problema penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 394-5; e FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 241-242.
- (20) GOLDSCHMIDT, James. *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. 46-47 e 52-53.
- (21) WHATELY, Richard. *Elements of Retic*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830, p. 98-9.
- (22) MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 424 ss.
- (23) BLANCHOT, Maurice. *Le Refus*. *Le 14 Julillet*, n. 2, Paris, Octobre, 1958.

**Augusto Jobim do Amaral**

Professor do Programa de Pós-Graduação  
em Ciências Criminais da PUCRS.

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Univ. Coimbra).

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS).

## PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

# Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF

Salah Hassan Khaled Junior

*Me ne frego* é um lema fascista italiano. Seu significado pode ser traduzido como “pouco me importa”. A frase indica a necessidade de ir avante: a superação e o desdém pelos riscos, bem como a eleição do combate como valor que supera todos os demais. No fascismo não há lugar para os fracos e para a fraqueza. Não há sequer lugar para o indivíduo: o Estado é tudo. Ele representa o bem comum, que está acima dos interesses individuais.

Quando o Supremo Tribunal Federal relativizou a presunção de inocência com a decisão de 17 de fevereiro de 2016, fez mais do que apunhalar um direito fundamental: tristemente recepcionou um legado autoritário de processo penal, inadvertidamente ou não. Ao negar o HC 126.292, o STF decidiu pela possibilidade de cumprimento de sentença condenatória após o julgamento de apelação. A maioria dos ministros – em apertado placar de 7x4 – se deixou seduzir pela vontade de satisfazer a “opinião pública” e, de forma velada, disse que pouco importava se era necessário vulnerar direito fundamental para combater o mal, ou o que é percebido como manifestação do mal. Um trecho do voto do relator não deixa margem para dúvida: conforme o Ministro **Teori Zavascki**, é preciso “atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade”.

Por mais que o Ministro possa acreditar que de algum modo corresponde a anseios sociais ou atende à “vontade popular” – uma missão que certamente não lhe cabe –, a inaceitável argumentação de primazia de supostos direitos da sociedade sobre direitos individuais

Em última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência –, e um processo de inspiração inquisitória e fascista, fundado na lógica de persecução ao inimigo. Infelizmente, o STF optou pelo último

consiste em um dos núcleos do discurso autoritário. Ela literalmente produz uma espécie de cisão entre “bons” e “maus”: aceita que para os “inimigos” pode ser reservado um tratamento degradante, uma vez que supostamente representam uma ameaça para os demais. A forma com que esse ideal é recepcionado na releitura do STF é clara: foi (re?)afirmada uma distorcida presunção de culpabilidade que permite a execução antecipada de decisões condenatórias, ainda que exista recurso pendente para instâncias superiores. A conexão entre fundamento explicitado e solução adotada não deixa margem para dúvida: a segregação do acusado é percebida como um expediente necessário para a “segurança” da sociedade. A decisão simplesmente reescreve o art. 5.º, LVII, com atribuição violenta de sentido que ultrapassa completamente o limite interpretativo legal e constitucionalmente admissível: apunhala a presunção de inocência e “reinventa” o trânsito em julgado, em prejuízo do acusado.

O entendimento remete ao esplendor máximo da maquinaria inquisitória, cuja lógica era de gradação contínua e permanente de culpabilidade: não era possível que alguém fosse equivocadamente considerado objeto de suspeita e cada confirmação dos indícios originais no curso do processo fortalecia a “verdade” inicial. Cada etapa percorrida provocava alguma espécie de punição e consolidava a imagem preestabelecida, que sempre era confirmada no resultado final.

É preciso se acautelar contra devaneios autoritários. Não interessa se as aventuras são empreendidas em nome do “bem” e da “segurança”: o que importa é o potencial que os argumentos em questão representam para vulnerar a democracia e os direitos fundamentais que são inerentes a ela. Em pleno cenário democrático-constitucional, permanecemos reféns de um pensamento simplificador e binário, altamente capacitado para a destruição de vulneráveis. Em outras palavras, é espantoso constatar que o fascismo penetra no Supremo, Corte cuja tarefa maior deveria consistir na defesa incondicional de direitos fundamentais.

Existe uma história por trás do discurso que opõe a sociedade e seus inimigos. Ela conforma um legado autoritário que demonstra que o utilitarismo empregado em nome de um suposto “bem comum” é indissociável de regimes e propósitos autoritários. As intenções salvacionistas de defesa da “sociedade” de seus “inimigos” remetem