

## Boletim - 281 - Abril/2016

[Sumário](#)[Editorial](#)[Artigos](#)[Jurisprudência](#)

### DIRETORIA EXECUTIVA

#### Coordenador chefe:

José Carlos Abissamra Filho

#### Coordenadores adjuntos:

Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e  
Guilherme Suguimori Santos

#### Conselho Editorial

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

Autor: 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 em 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 Zavaski), 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), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XI, 1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica de 1992, art. 8.º, 2), surdos passaram aos ouvidos da Suprema Corte os reclamos, porém nada imunes estavam aos influxos da verbosidade 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.( [1] )

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*( [2] ) 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 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*.( [3] ) 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.( [4] ) 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,( [5] ) 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*”.( [6] ) 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.( [7] ) Na medida em que a seletividade é o traço permanente de qualquer sistema penal( [8] ), 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-crimeal 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.( [9] ) 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*.( [10] ) 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 tênue do complexo nexo 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*( [11] ) que nada acresce em segurança, mas possui como resultado o avanço a passos largos na direção de regimes autoritários, a extensão disso noutra aspecto é o ideário persecutório em matéria penal, agora travestido no discurso de ocasião da “*corrupção*”,( [12] ) 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*.( [13] ) As primárias lições( [14] ) 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.( [15] ) 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.( [16] ) Não obstante, rever as odes de **Alfredo Rocco**( [17] ) 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.( [18] ) 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.( [19] ) 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. ([20])

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*”. ([21])

Desta 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*) ([22]) 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*” ([23]) senão ao preço da cumplicidade com a sua derrocada.

**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)

[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: Trota, 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 tolíce 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.

#### Quem Somos

Conselho Consultivo

Convênios

Coord. Regionais e Estaduais

Documentos Institucionais

Gestão Diretoria

Grupo de Trabalho / Comissões

Bolsas de Estudos

Relações Internacionais

#### Atendimento

Central de relacionamento

#### Cursos e Eventos

Laboratório

Mesas e Debates

Pós-Graduação

Seminário

Diversos

Divulgação Outras Entidades

Eventos Realizados

#### Publicações

Artigos Antigos

Boletim

Notícias

RBCCrim

Revista Liberdades

Monografias

TV IBCCRIM

#### Biblioteca

Apresentação

Livro do Dia

Pesquisa on-line

Regulamento

Auxílio a Pesquisa

Intercâmbios

