

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
LAYNE CRISTINA MAGESTE SANTOS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA MITIGAÇÃO PELA
JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA**

Juiz de Fora

2021

LAYNE CRISTINA MAGESTE SANTOS

O princípio da presunção de inocência e a sua mitigação pela jurisprudência pátria

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Thiago Almeida.

Juiz de Fora
2021

LAYNE CRISTINA MAGESTE SANTOS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA MITIGAÇÃO PELA
JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Thiago Almeida
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ricardo Braidá
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Leticia Delgado

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 09 de setembro de 2021

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a relação entre a garantia constitucional da presunção de inocência e a sua utilização pela jurisprudência nacional, tendo em vista que ao adotar o sistema acusatório no processo penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 abarcou diversas garantias para resguardar a integridade do acusado, dentre elas o direito de não ser considerado (e tratado) como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, assim, o princípio da presunção da inocência. Entretanto, nos últimos anos a jurisprudência pátria vem realizando a mitigação deste princípio ao permitir, por exemplo, a execução provisória da pena e a inversão do ônus da prova. Dito isso, o presente artigo visa demonstrar as consequências fáticas e jurídicas ocasionados pela atenuação do princípio da não culpabilidade no processo penal pelos tribunais, que geram impactos internos e externos ao processo, atingindo o acusado de variadas formas. A hipótese a ser comprovada será a de que a atenuação realizada pela jurisprudência nacional quanto à incidência da presunção de inocência são contrárias às garantias constitucionais positivadas, ocasionando insegurança jurídica e reflexos ao processo penal enfrentado pelo réu. A metodologia utilizada é a de pesquisa bibliográfica e documental, através da análise de artigos, livros e textos que versam sobre o tema proposto para que haja a devida fundamentação, bem como a utilização e análise do entendimento jurisprudencial pátrio, em especial das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Garantia constitucional. Execução provisória da pena. Inversão do ônus da prova.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	7
3	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	9
3.1	AS DIMENSÕES DE EFICÁCIA	11
4	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E DAS CORTES SUPERIORES (STF E STJ).....	12
4.1	A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NO 126.292/SP E DAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADES DE Nº 43, 44 E 54.....	13
4.2	A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO PROCEDIMENTO DO JÚRI APÓS O PACOTE ANTICRIME.....	15
4.3	A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	17
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	20
	REFERÊNCIAS.....	22

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consolidando o princípio da não culpabilidade ou, como também é conhecido, da presunção de inocência. Deste modo, todo aquele que for acusado da prática de infração penal é resguardado pelo estado de presunção de inocência, vedando-se o tratamento jurídico como se fosse culpado, até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória.

Atualmente, a jurisprudência pátria, em desconformidade daquilo previsto constitucionalmente, vem adotando, em algumas situações, a mitigação deste princípio, ocasionando, na maioria das vezes, consequências irreversíveis aqueles que estão sob o *ius puniendi* do Estado, como foi pontuado por Aury Lopes Jr (2020) ao discorrer sobre o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP.

Em razão disso, o presente trabalho terá como objetivo principal analisar a incidência da presunção de inocência durante a persecução penal e a sua atenuação realizada pelos tribunais estaduais e pelas cortes superiores. Assim, o tema visa contribuir como alerta aos desdobramentos negativos que a violação deste princípio constitucional ocasiona no processo penal.

Para dissertação do tema proposto, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica e documental para proporcionar a devida fundamentação ao trabalho através da análise de artigos, livros e textos que versem sobre o tema, além de discorrer sobre o entendimento jurisprudencial atual.

Dessa forma, o artigo será dividido em três pontos principais, explicitando, no primeiro momento, sobre a evolução histórica do princípio da presunção de inocência, bem como as suas dimensões de eficácia. Posteriormente será abordado a aplicação do princípio pela jurisprudência pátria, com a análise da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena e o julgamento do HC 126.292/SP e das ADC's 43, 44 e 54. Por fim, será tratado sobre impossibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito do processo penal e as violações constitucionais decorrentes de tal conduta.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Com o declínio da monarquia no Brasil em 1889, instaurou-se a República no país, tendo como marco inicial deste período a posse do Marechal Deodoro da Fonseca, o primeiro presidente republicano da História do Brasil.

A República Velha foi o período compreendido entre 1889 até a eclosão da Revolução de 1930, sendo marcada pela crise econômica, em razão da abolição da escravidão, a pouca participação popular e a insatisfação por parte da maioria da população, especialmente os mais pobres, tendo em vista as ameaças de repressão pelo Estado.

Foi nesta mesma época que ocorreu a consolidação do Poder Judiciário, deixando de ser um poder subordinado e transformando-se em soberano (NEQUETE, 2000), bem como as reformas da legislação criminal através do Decreto-Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890, revogando o Código Criminal do Império que foi sancionado por D. Pedro I em 16 de dezembro de 1830, e da constituinte, a partir da promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 24 de fevereiro de 1891.

O ordenamento jurídico vigente durante a República Velha, apesar de prever o princípio do Juiz Natural e algumas garantias ao acusado¹, nada dizia a respeito do princípio da presunção de inocência ou qualquer de suas dimensões de eficácia.

Por seu turno, a Era Vargas, iniciada a partir da Revolução de 1930, ao promulgar o primeiro Código de Processo Penal brasileiro em 1941 e o Código Penal em 1940, rejeitou veementemente o referido princípio.

¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891, Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§15. Ninguem sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fôrma por ella regulada.

§16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

[...]

§19. Nenhuma pela passará da pessoa do delinquente.

§20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.

§21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

§22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.

Tal questão deu-se em decorrência do cenário social, político e econômico do Brasil à época, em razão da intervenção de um regime autoritário, o Estado Novo, sob o pretexto de conter uma revolução comunista no país, a qual nunca restou devidamente comprovada, no mundo guerra fria. Além disso, também estava em curso a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945) e o ideal positivista do regime fascista italiano, o qual foi tido como modelo legal e doutrinário para a construção da cultura jurídico-criminal brasileira.

Deste modo, o Código de Processo Penal de 1941 e que se encontra em vigência até hoje, negou toda a dimensão juspolítica irradiada pelo princípio da presunção de inocência, adotando, de fato, a presunção de culpabilidade do acusado.

É necessário salientar que ao adotar a presunção de culpa como norma basilar do processo penal, o investigado é tratado desta maneira desde o início da persecução penal, além da enorme fragilidade das suas garantias fundamentais. O contrário ocorre quando se adota a presunção de inocência, posto que o investigado é tido como inocente desde o início da investigação e, se não for demonstrada de forma fundamentada a sua culpa durante a ação penal, continuará sendo tratado da mesma maneira ao final.

A República Populista ou Terceira República do Brasil teve início em 1945, com o estabelecimento do Regime de Democracia Liberal, logo após a queda da ditadura Vargas, perdurando-se até 1964. No referido período não houve qualquer mudança no cenário processual penal brasileiro em relação à previsão da presunção de inocência.

A Ditadura Militar instaurada pelo golpe em abril de 1964, foi um dos períodos mais nebulosos da história brasileira. Isso porque foi marcada por um governo autoritário e opressor, que promovia torturas, mortes e repressão para manter-se no poder.

Em 24 de janeiro de 1967 foi promulgada uma nova Constituição, com o intuito de adequar-se ao novo contexto existente no país, trazendo, consigo, a constitucionalização do golpe aplicado, bem como a definitividade dos atos institucionais editados conforme a necessidade do Executivo.

No mesmo ano, foi realizada uma reforma no Código de Processo Penal sem, novamente, constar qualquer conteúdo ou avanço quanto à presunção de inocência, mas sim pequenas mitigações da presunção de culpa, como, por exemplo, a possibilidade dos réus primários e de bons antecedentes apelarem da sentença sem a necessidade de recolhimento obrigatório (art. 594).

Importante destacar que a edição do Ato Institucional nº 05 (AI-5) foi uma flagrante afronta aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, revelando, ainda mais, a existência de um governo absurdamente autoritário no país.

Com a reabertura política e as eleições indiretas em 1985, teve fim o período da ditadura militar, iniciando-se a redemocratização do país. Logo em seguida, houve em 1988 a promulgação da nossa atual Constituição, apelidada de “Constituição cidadã” por prever uma série de garantias e princípios, dentre eles o da presunção de inocência.

A Constituição de 1988 é, portanto, um marco no direito penal e processual penal brasileiro, tendo em vista que a partir de sua edição a aplicação do *ius puniendi* do Estado deve ser pautada pela observância do devido processo legal, observando o direito ao contraditório e da ampla defesa do acusado, pautando seu tratamento a partir da sua presunção de inocência e em respeito a dignidade humana.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como o princípio da não culpabilidade, diz respeito ao direito do indivíduo em não ser declarado culpado enquanto não existirem provas que comprovem legalmente o cometimento do ato ilícito e/ou infração penal.

Tem como marco inicial o final do século XVIII, durante o Iluminismo, quando houve a necessidade de insurgir-se contra o sistema processual penal inquisitório que perdurava desde o século XII. Ao longo deste período, o réu era desprovido de qualquer garantia, submetendo-se às decisões proferidas pelo juiz inquisidor, o qual, vale destacar, era incumbido de investigar, acusar e produzir as provas que seriam usadas na lide, ocorrendo, na grande maioria dos casos, parcialidade em suas ações.

Com o surgimento da Revolução Francesa, houve o marco dos direitos e garantias do homem através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, iniciando-se a influência do modelo acusatório ao processo penal europeu, com maior proteção da inocência do acusado, bem como do contraditório e da ampla defesa.

Destaca-se, contudo, que o referido princípio sofreu uma enorme crise durante o século XX diante da ascensão de regimes totalitários, autoritários e fascistas, como ocorreu, por exemplo, no Brasil durante a Era Vargas e, posteriormente, na ditadura militar, assim como na Itália comandada por Benito Mussolini. Na vigência destes governos, era nula a incidência da presunção de inocência, sendo aplicada, por outro lado, a presunção de culpabilidade do acusado, além da mitigação de outras garantias constitucionais.

No ordenamento pátrio, citado princípio possui como fontes normativas o art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o art. 8º, §2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual

somos signatários desde 06 de novembro de 1992, quando foi realizada a sua promulgação através do Decreto nº 678. Confira-se:

CRFB/88, Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

CADH, Art. 8º - Garantias Judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Também podem ser encontrados diversos dispositivos semelhantes que tratam sobre o tema em variados ordenamentos jurídicos como, por exemplo, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu art. 11.1, na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais em seu art. 6.2, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu art. 14.2, e etc.

Destaca-se que, conforme defendido por Badaró (2003 apud BRASILEIRO, 2020), não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil eventual diferenciação entre ambas as terminologias, de modo que é necessário reconhecer a equidade de tais princípios, posto que defendem o mesmo direito.

A adoção deste princípio ocasiona em algumas repercussões no ordenamento, tendo em vista o seu desdobramento como encargos probatório e norma de tratamento e julgamento, os quais serão analisados a seguir.

3.1. AS DIMENSÕES DE EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.

O princípio da presunção de inocência, por estar estreitamente ligado ao direito penal, opera como uma regra norteadora durante toda a persecução penal, garantindo que o acusado não será juridicamente tratado como culpado enquanto não existir uma resposta estatal definitiva e abarcada pelo trânsito em julgado, sendo, portanto, uma *norma de tratamento*.

Em decorrência disso, são vedadas as prisões restritivas de liberdade durante o processo, de modo que as prisões cautelares sempre devem ser fundamentadas, ocorrendo em situações específicas e com o intuito de garantir a efetividade das investigações e/ou do processo, já que “não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal” (LIMA, 2020).

Como regra de tratamento, o princípio pode ser analisado a partir de duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. A perspectiva interna seria uma imposição de um modo de agir (ou não) agir para os atores processuais, seja juiz(íza), promotor(a), delegado(a), etc. Por sua vez, a dimensão externa estaria relacionada a uma norma com eficácia horizontal, transcendendo as fronteiras do processo penal e atingindo à sociedade como um todo, de modo que “o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência” e repudiado “o uso desnecessário de algemas e todas as formas de tratamento análogo ao de culpado para alguém que ainda não foi condenado definitivamente” (LOPES JR, 2020).

A segunda repercussão do princípio é como *encargo probatório*, já que no processo penal, diferentemente do processo civil, não há distribuição do ônus da prova ou, até mesmo, a sua inversão. Isso porque cabe ao órgão acusatório comprovar através de meios idôneos que o réu cometeu o crime descrito na denúncia, não bastando a simples alegação em juízo. Assim, o denunciado deveria apenas “refutar o alegado e produzir contraprova para facilitar a improcedência da ação” (NUCCI, 2015), tendo em vista que pende a seu favor a presunção de não culpabilidade.

Ressalta-se que também é garantido constitucionalmente ao acusado o direito ao silêncio no art. 5º, LXIII, da CRFB/88, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família

e de advogado”. Deste modo, a eventual negativa do indivíduo em colaborar em uma atividade probatória da acusação ou manter-se em silêncio durante seu interrogatório em juízo, não pode ser tido como mero indício de autoria ou culpabilidade, em razão da incidência da presunção de inocência e do princípio *nemo tenetur se detegere*².

O terceiro desdobramento da presunção de inocência seria a *regra de julgamento*, atribuindo ao acusador a demonstração de materialidade e autoria do crime, além de incidir durante toda a persecução penal, desde a fase de inquérito até o trânsito em julgado da decisão, como critério axiológico.

É imprescindível que a acusação elimine qualquer dúvida razoável, impondo-se a necessidade de certeza para eventual condenação, de modo que, inexistindo, é forçosa a absolvição do denunciado, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

Sobre o tema, Aury Lopes Jr leciona que:

[...] nessa perspectiva, a presunção de inocência é uma “norma para o juízo”, diretamente relacionada à definição e observância do “standard probatório”, atuando no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório. Difere-se da norma probatória na medida em que atua na perspectiva subjetiva, ao passo que as regras probatórias têm natureza objetiva. Trata-se de uma regra que incide após a norma probatória, pois somente poderá ocorrer sobre o material já produzido. (*in* Direito processual penal. 17. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 143)

Portanto, tem-se que o princípio da presunção de inocência possui ampla aplicação durante todo o processo penal, resguardando valores humanitários de igualdade e de dignidade da pessoa humana, buscando um julgamento justo, baseado em provas concretas e idôneas, bem como isento de parcialidades.

4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E DAS CORTES SUPERIORES (STF E STJ)

Mesmo depois de 30 anos da promulgação da nossa atual Carta Magna, o sistema jurídico penal brasileiro ainda não adotou por completo todas as garantias nela previstas, em especial a presunção de inocência. Isso porque durante anos tal princípio foi ignorado pelas leis processuais, sendo previsto, pela primeira vez, apenas em 1988 na Constituição em seu art. 5º, LVII.

² Em tradução literal pode ser entendido como o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Diante disso e da utilização da presunção de culpabilidade, mesmo após a previsão legal da garantia, o atual sistema processual penal brasileiro não conseguiu se separar totalmente de seu legado inquisitorial, mantendo-se a herança de supressão dos direitos e garantias individuais da pessoa acusada da prática de um delito.

Nos tópicos a seguir serão analisadas as posições adotadas pela jurisprudência quanto à execução provisória da pena e o ônus da prova, que são desdobramentos de incidência do princípio da presunção de inocência.

4.1 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* NO 126.292/SP E DAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADES DE Nº 43, 44 E 54.

Em 13 de fevereiro de 2016 foi levado ao plenário do Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP impetrado em favor de Márcio Rodrigues Dantas, tendo como autoridade coatora o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Falcão, que através do HC 313.021/SP indeferiu o pedido daquele quanto à impossibilidade de expedição do mandado de prisão antes de esgotados todos os recursos.

Até aquela data³, a Corte Superior tinha o entendimento de que era necessário esperar todos os recursos cabíveis para se dar início à execução penal, em consonância com o previsto no art. 5º, LVII da CRFB/88 que preconiza o estado de inocência do acusado até o trânsito em julgado da decisão.

Ao final da sessão, foram vencidos os votos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski, sendo vencedores os votos de Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, considerando, portanto, inexistir ofensa ao princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena após confirmação da condenação em sede de segundo grau.

Dentre os argumentos aventados pelos Ministros foi sustentada a possibilidade de evolução (ou retrocesso) da incidência do princípio de presunção de inocência durante as fases processuais, bem como a necessidade de eficácia do direito penal na aplicação do *ius puniendi*.

Contudo, é imperioso salientar que o referido princípio é uma máxima consagrada pela nossa Constituição de 1988, sendo inadmissível a sua relativização durante a persecução

³ Vide HC 84.078/MG, data de julgamento em 05/02/2009 e de relatoria do Ministro Eros Grau.

penal. Como dito pelo Ministro Celso de Melo em seu voto, é indispensável a existência de um decreto condenatório definitivo para que se realize a execução da pena, uma vez que, diante da possibilidade de eventual absolvição em sede de recurso, o réu não terá sido recluso injustamente pelo Estado.

Além disso, a presunção de inocência deve ser aplicada em todas as fases da persecução penal de maneira igualitária, não sendo crível o argumento de que a existência de condenação pelo juízo *a quo* e confirmada pelo Tribunal criam presunção relativa de culpabilidade. Isso porque o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha o efetivo trânsito em julgado da condenação penal (LIMA, 2020).

Quanto a necessidade de eficácia da reprimenda pelo Estado, tem-se que a votação ocorreu durante importante fase da Operação Lava Jato, que tinha objetivo de combater a corrupção e lavagem de dinheiro, e possuía alguns procuradores e juízes que defendiam a necessidade de mudança do entendimento do STF para possibilitar a execução provisória da pena de políticos e empresários acusados naquela investigação.

Era evidente o clamor público pela “quebra do paradigma da impunidade”, como pontuado pelo Ministro Luiz Barroso em seu voto, o qual, todavia, não deveria ocorrer às custas de uma cláusula pétrea, tendo em vista a sua especialidade em relação às demais regras gerais.

Três anos depois, em 7 de novembro de 2019, através do julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, o plenário do STF restabeleceu a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não seja mais possível reverter eventual decisão condenatória, explicitando que o artigo 283 do CPP não viola o texto constitucional e abandonando o entendimento proferido no HC 126.292/SP.

Deste modo, o entendimento jurisprudencial atual é da necessidade de trânsito em julgado para a execução da pena, momento em que efetivamente cessam os efeitos da presunção de inocência. Destaca-se que tal decisão encontra-se em consonância com a legislação processual penal vigente, resguardando os direitos e garantias daqueles que são colocados sob o sistema de punição estatal.

Por fim, salienta-se que a impossibilidade de execução provisória de pena não diminui a efetividade da reprimenda penal ou ocasiona eventual despenalização, posto que ainda é possível a decretação de prisão cautelares na forma da legislação processual penal como, por exemplo, para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução penal ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal), que podem

inclusive ser aplicadas em qualquer fase do processo, até mesmo antes de sentença de primeiro grau.

4.2 - A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO PROCEDIMENTO DO JÚRI APÓS O PACOTE ANTICRIME.

Com o advento da Lei 13.964/19, também conhecida como “Pacote Anticrime”, foi incluído no Código de Processo Penal a hipótese de execução provisória de pena quando o acusado for condenado no procedimento do júri a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, devendo ser determinada, desde logo, a expedição de mandado de prisão, caso o réu esteja em liberdade.

Além disso, eventual recurso de apelação que vier a ser interposto contra tal decisão não possuirá efeito suspensivo, o qual ocorrerá apenas de modo excepcional: seja pelo Juiz Presidente, o qual poderá deixar de autorizar a execução provisória se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação; ou pelo Tribunal que julgar o recurso, quando verificar que este não tem propósito meramente protelatório e que possui questão substancial capaz de resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

É isto o que infere-se pela leitura do art. 492 do CPP, confira-se:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;
- f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação;

[...]

§3º - O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§4º - A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§5º - Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o §4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§6º - O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2019, tendo como *leading case* o RE 1.235.340/SC, reconheceu a repercussão geral do tema 1068 a respeito da constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri⁴.

Até o momento, os Ministros Roberto Barroso (Relator) e Dias Toffoli conheceram e deram provimento ao recurso extraordinário para negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, fixando a tese de que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, já que não caberia ao tribunal de apelação reapreciar os fatos e provas, independentemente do total da pena aplicada.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela vedação à execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, assentando a tese de que “A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados”, declarando, ao final, a inconstitucionalidade da nova redação determinada pelo Pacote Anticrime ao art. 492, I, ‘e’, do CPP.

Destaca-se que a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes está em consonância com o entendimento fixado pelo plenário do STF no julgamento das ADC’s 43, 44 e 54, ao vedar a execução da provisória de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória,

⁴ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>, com acesso em 07/08/2021.

incluindo, assim, os crimes dolosos contra a vida quando a pena for igual ou superior a 15 (quinze) anos.

A questão também é tema da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.738 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob fundamento de desrespeito não só ao princípio da presunção de inocência, mas também aos princípios da coerência, unidade e completeza do ordenamento jurídico, em razão do posicionamento recente do STF⁵, conforme dito acima.

Apesar da incidência do princípio da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88, é necessário compatibilizá-lo com os demais, também previstos constitucionalmente, como, por exemplo, o duplo grau de jurisdição. Isso porque existe a possibilidade de erro pelo tribunal popular na apreciação dos fatos e das provas (PACELLI, 2020), de modo que a execução provisória e automática da pena pode causar danos irreversíveis à vida do apenado.

Tendo isso em vista, é necessário acompanhar o andamento destas ações, bem como o posicionamento dos ministros quanto à constitucionalidade ou não do art. 492, I, 'e', do CPP, já que há possibilidade de, novamente, ocorrer uma mudança de entendimento do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena.

4.3 - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O princípio da presunção de inocência é utilizado no ordenamento jurídico não só como norma de tratamento, mas também como regra probatória e de julgamento.

Por seu um encargo probatório, tem-se que é ônus da acusação demonstrar a responsabilidade criminal do acusado acima de qualquer dúvida razoável, apontando as provas que demonstram a existência de autoria e materialidade no caso, respeitando o devido processo legal, bem como o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Assim, para a imposição de uma sentença condenatória é imprescindível provar o contrário do que é assegurado ao réu através do princípio da presunção de inocência, sendo necessária a certeza dos fatos imputados (BADARÓ, 2003). Pode confundir-se, ainda, com o *in dubio pro reo*, uma vez que no momento de valoração das provas, se o magistrado deparar-

⁵ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463583&ori=1>, com acesso em 10/08/2021.

se com dúvidas acerca da autoria ou materialidade do delito, deverá decidir de maneira favorável ao acusado.

É neste sentido os ensinamentos de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

Um aspecto relevante da presunção de inocência enquanto regra de julgamento é que, no processo penal, diversamente do que ocorre no campo civil, não há verdadeira repartição do ônus da prova. O ônus da prova não supõe que exista, necessariamente, uma repartição de tal ônus. Mesmo que não haja repartição do ônus da prova é necessário que haja regra de julgamento, determinando que em qualquer caso, a dúvida sobre o fato relevante será decidida sempre contra o autor, ou sempre contra o réu. No caso do processo penal o *in dubio pro reu* é uma regra de julgamento unidirecional. O ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva. (*in* Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 295-296)

Não é difícil encontrar na jurisprudência pátria, entretanto, decisões que violam tal desdobramento deste princípio constitucional, ocorrendo, na maioria das vezes, a inversão do ônus da prova, isto é, atribui-se ao acusado o dever de demonstrar a sua inocência.

Usualmente, este tipo de posicionamento é adotado, tanto pelos tribunais estaduais quanto os superiores, quando o objeto do crime é encontrado em posse do réu. Nesse sentido:

“(…) É, também, entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça que, havendo acervo probatório conclusivo acerca da materialidade e a autoria do crime de receptação, uma vez que apreendida a *res furtiva* em poder do réu, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal.” (STJ – HC: 360590 SC 2016/0165882-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 07/03/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2017)

“(…) O fato de o agente ser usuário não significa que a substância entorpecente apreendida destinava-se exclusivamente ao uso próprio, posto ser bastante comum a figura do ‘usuário-trafficante’. Por tratar-se de alegação do interesse da defesa, inverte-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do CPP.” (TJ-MS - APR: 00082747320198120002 MS 0008274-73.2019.8.12.0002, Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Data de Julgamento: 31/07/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/08/2020)

“(…) Em conformidade com o art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, a apreensão das *res furtiva* importa na inversão do ônus da prova, motivo pelo qual, incumbe ao acusado justificar, de modo plausível, a licitude de estar exercendo a posse dos bens objetos do crime.” (TJ-SC - APR: 00058991620138240022 Curitibaanos 0005899-16.2013.8.24.0022, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data do Julgamento: 01/02/2018, Quinta Câmara Criminal)

“(…) Não tendo o réu provado que procedeu com a realização de todos os exames para a aquisição da CNH e sendo comprovada a falsidade do documento, deve-se manter a condenação pelo crime previsto no art. 304 do

CP. 2. Conforme art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova cabe a quem alega, sendo que, *in casu*, o réu não comprovou que desconhecia a falsidade do documento. (...)” (TJ-MG - APR: 10134030342528001 Caratinga, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data do Julgamento: 03/11/2016, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/11/2016)

É evidente, portanto, a existência da indevida inversão do ônus da prova, resultando grande prejuízo não só ao condenado, mas também à sociedade, tendo em vista a expressa violação às garantias constitucionais.

Importante salientar que a regra inserida no art. 5º, LVII, da CRFB/88 institui que as causas de exclusão da ilicitude, de culpabilidade ou extinção da punibilidade, bem como os elementos subjetivos do tipo (dolo ou culpa), o ônus de provar ou não sua existência são da acusação (RANGEL, 2019).

O dever jurídico do Ministério Público em demonstrar a autoria e materialidade imputados ao acusado também podem ser observados no art. 386 do CPP, já que deparando-se com alguma das situações elencadas em seus incisos, deverá o juiz absolver o réu. Assim, se reconhecida, por exemplo, a ausência de conjunto probatório suficiente para a condenação ou de que o réu tenha concorrido para a infração penal, infere-se que não foram produzidas provas eficazes de sustentar eventual decreto condenatório.

O Pacote Anticrime, além de introduzir em nosso ordenamento a possibilidade da execução provisória de pena dos crimes submetidos ao procedimento do Tribunal do Júri, como abordado no item anterior, também inseriu a possibilidade do confisco alargado, através do artigo 91-A do CP. Confira-se:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Referido instituto tem como objetivo combater o enriquecimento ilícito auferido pela prática delituosa, principalmente aqueles realizados por organizações criminosas, sendo demonstrado através da incompatibilidade entre o patrimônio existente e o rendimento lícito auferido pelo condenado.

A perda alargada permite que o Estado atinja não só os bens e valores diretamente vinculados ao delito objeto da sentença condenatória, mas também todos aqueles que se revelarem incongruentes com os rendimentos lícitos do réu e que sejam presumivelmente decorrentes de outros crimes (CARDOSO, 2019), isto é, os que não tenham origem lícita efetivamente comprovada.

Diante de tal situação, foi apresentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304 pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, na condição de *amicus curiae*, o questionamento quanto a ausência de limitações legais a tal instituto, tendo em vista a possibilidade de perda patrimonial definitiva em favor do Estado, mesmo que o bem não possua qualquer envolvimento com o delito que resultou na condenação, em razão absoluta presunção de proveniência ilícita.

Na contramão do princípio da presunção de inocência, o confisco ampliado prescinde da demonstração da dúvida razoável para a sua decretação, além de atribuir erroneamente à defesa o ônus de demonstrar a origem lícita do bem e/ou a inexistência de incompatibilidade arguida pela acusação.

Logo, é visível a existência de uma linha de tensão entre as partes, fundada, de um lado pela acusação, com maior encargo, tentando dilacerar a presunção constitucional de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seu status, em trabalho de convencimento ao Judiciário (NUCCI, 2020).

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao adotar o sistema acusatório no processo penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 abarcou diversas garantias para resguardar a integridade do acusado, dentre elas o direito de não ser considerado (e tratado) como culpado até o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória. Todavia, diante a mitigação da garantia constitucional da presunção de inocência realizada não só pelos tribunais estaduais, mas também pelos superiores, tem-se o esvaziamento de sua eficácia, seja pela possibilidade de execução provisória da pena ou pela inversão do ônus da prova.

É necessário, desde já, a sedimentação do entendimento jurisprudencial a respeito da incidência total do princípio desde o início do inquérito policial até o efetivo trânsito em julgado da decisão, com a sua utilização como regra de tratamento, encargo probatório e de julgamento.

O julgamento do HC 126.292/SP significou um verdadeiro retrocesso para o processo penal ao possibilitar a execução provisória da pena após a decisão de segunda instância, o qual, felizmente, foi ‘corrigido’ três anos depois a partir das ADC’s 43, 44 e 54, ao realizar a interpretação conforme a Constituição, vedando o início do cumprimento provisório antes do trânsito em julgado. Por outro lado, destaca-se que, diferentemente da execução automática e provisória da pena, a decretação de prisão preventiva do réu não atinge de forma direta tal garantia, uma vez que deve ser pautada em algumas das hipóteses do art. 312 do CPP.

A utilização do princípio como encargo probatório e regra de julgamento pela jurisprudência encontra alguns óbices apontados pela doutrina, como, por exemplo, a impossibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal como ocorre no direito do consumidor (GOMES FILHO, 1994), posto que inexistente hipossuficiência por parte do Estado.

Diante todo o exposto, torna-se indispensável a defesa pela Constituição e por todos os direitos as garantias nela previstas, os quais, diga-se de passagem, devem ser respeitadas pelo Poder Público. Isso porque são resultados de conquistas históricas, de lutas realizadas pelo povo desde o início da República, sendo inaceitável a sua mitigação pelos poderes, seja através de leis ou pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado**. Publicado na Revista Conjur, abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1992.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, 1988.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **A perda alargada no “pacote anticrime”: críticas e propostas de adequação**. Artigo publicado no *site* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, nov. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7157/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 23, p. 3, nov. 1994. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13608. Acesso em: 12 ago. 2021.

GUIMARÃES, Pablo Ícaro França Guimarães; AZEVEDO, Beatriz Mariotti. **Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade Sob a Ótica da Decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292-SP**. Artigo publicado no *site* Âmbito Jurídico, out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade-sob-a-otica-da-decisao-do-supremo-tribunal-federal-no-habeas-corpus-126-292-sp/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19 - Artigo por Artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Artigo publicado na Revista Conjur, mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 29 jul. 2021.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência, II - República.** 2000, p. 98.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 4. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** – 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.