XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-168-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentindo amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinarias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo "A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro", de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto "Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental", a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto "O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer", os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por "razões de Estado", importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 /2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, consequentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

O EFEITO IRRADIANTE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA DAS CORPORAÇÕES MILITARES ESTADUAIS

THE IRRADIATING EFFECT OF THE PRINCIPLE OF ASSUMPTION OF NON CULPABILITY THE ADMINISTRATIVE SPHERE OF CORPORATIONS STATE MILITARY

Halyny Mendes Guimaraes [1]

Resumo

O tema ora abordado diz respeito ao importante papel do princípio da presunção de não culpabilidade para o Processo Penal e de sua posição enquanto verdadeira conquista da humanidade. O referido princípio possui reflexos que se estendem para além do Processo Penal. A partir dessa assertiva, é que se passa ao estudo do efeito irradiante do princípio de não culpabilidade, lançando um olhar particular às Corporações militares estaduais, as quais por vezes, ainda violam o princípio da presunção de inocência, ao decidir sobre a vida funcional dos comandados.

Palavras-chave: Princípio da presunção de não culpabilidade, Efeito irradiante, Militares estaduais

Abstract/Resumen/Résumé

The issue now addressed concerns the role of the principle of presumption of not guilty to Criminal Procedure and its position as a real achievement of mankind. That principle has consequences that extend beyond the Criminal Procedure . From this statement , it is what is going to study the radiating effect of not guilty principle , casting a particular look to the state military corporations, which sometimes still violate the principle of presumption of innocence , when deciding on the functional life of commanded .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of presumption of not guilty, Radiating effect, State military

[1] Bacharel em Direito. Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Oficial do Corpo de Bombeiros Militar do Tocantins. Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela ESMAT/UFT.

1. INTRODUÇÃO

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, em que o Brasil foi consagrado como Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais passaram a ser objeto de intensa proteção.

E a fim de que o ser humano seja respeitado em plenitude, nos mais diversos âmbitos de sua vida, foram previstos na Constituição Federal uma série de princípios e garantias, que derivam de construções históricas e que se aplicam aos mais diversos ramos do Direito.

É objeto deste artigo, refletir sobre o princípio de não culpabilidade, princípio do Processo Penal, que evita o arbítrio do Estado, com repúdio a presunções contrárias ao réu, o qual não deverá sofrer punições antecipadas, sem que para tanto haja provas contundentes, colhidas por meio de um devido processo. O que se abstrai deste princípio, é que simples conjecturas ou evidências não podem determinar estado contrário ao de inocência.

A prolação da sentença penal condenatória, portanto, deve ser antecedida do devido processo, com existência da ampla defesa e do contraditório, formando assim, os elementos de convicção.

Sobre a necessidade de aplicação deste princípio previsto na Constituição Federal, em sede do Processo Penal, não pairam dúvidas. A proposta do presente estudo é analisar a extensão deste princípio sobre outros ramos do Direito. Mais especificamente, voltar-se-á para a análise quanto à existência ou não de reflexos deste princípio nas decisões administrativas dadas em sede das Corporações militares.

O trabalho partiu de uma abordagem sobre a importância dos princípios para o Processo Penal, passando para um enfoque específico sobre o princípio de não culpabilidade ou presunção de inocência.

Em seguida, é feita a análise sobre o “efeito irradiante” deste princípio, expressão de maneira muito rica explorada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144-7/Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, utilizada como uma das bases para o estudo.

Diante da perspectiva e reconhecimento da importância da aplicação do princípio processual penal de não culpabilidade a outras esferas jurídicas, no caso à tocante ao Direito Administrativo.

Mas aqui, não se procura tratar da aplicação do princípio da presunção de inocência, simplesmente quanto ao desenvolvimento dos procedimentos

administrativos disciplinares militares. Afinal, quanto a isso, facilmente chegaria-se à conclusão, de que é um princípio aplicável, pois só há punição por meio da produção de provas, num devido processo administrativo, com ampla defesa e contraditório.

Todavia, como já dito, não é este foco. O objetivo é demonstrar que enquanto não resolvido um processo de natureza penal, o militar não deve ser penalizado administrativamente, com qualquer espécie de restrição de direito, em decorrência da simples existência de um processo penal.

A pretensão do trabalho é contribuir com alguns apontamentos que levem a reflexões sobre o tema abordado, conduzindo assim, para a solidificação e reconhecimento de direitos fundamentais, universalmente reconhecidos.

2. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Antes de adentrar a abordagem sobre os princípios do Processo Penal, preciso é entender o que são princípios e qual o seu alcance normativo.

Etimologicamente, vê-se que a palavra princípio vem do latim, *principium*, compondo-se de duas ideias: a de *primus*, que quer dizer primeiro, e a de *cipium*, que significa pegar ou considerar. (MOUGENOT, 2012, p.62)

Segundo o dicionário Aurélio, "princípio" pode assumir, dentre outros, os seguintes significados: 1 O primeiro impulso dado a uma coisa. 2 Origem. 3 Causa primária. 4 Frase ou raciocínio que é base de uma arte, de uma ciência ou de uma teoria. 5 Regras ou conhecimentos fundamentais e mais gerais.

Assim, "princípio" é considerar algo do começo, é compreender o que vem primeiro. É a busca do ponto de partida de um conhecimento, para se realizar então a análise e a interpretação. Espíndola afirma que constituem "a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam". (ESPÍNDOLA, 2002, p. 53)

Miguel Reale divide os princípios gerais em três categorias: a) princípios omnivalentes – válidos para todas as formas de saber; b) princípios plurivalentes – aplicáveis a diversos campos de conhecimento; c) princípios monovalentes – valem somente no âmbito de uma determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito. (REALE, 2002, p. 304)

Em se tratando dos princípios gerais de direito, vê-se que assumem papel de suma importância, pois completam, dão harmonia e coerência ao sistema jurídico. Ao tempo em que conferem unidade ao sistema normativo, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvem diretamente os conflitos.

Os princípios são normas, diretrizes gerais de um ordenamento jurídico e possuem ampla incidência. Partimos, pois, deste entendimento, de princípio como norma, para entender o seu papel frente ao processo penal.

Assim, princípios do Processo Penal ou princípios informativos do Processo Penal podem concebidos como normas que se irradiam pelo ordenamento jurídico,

informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito. (MOUGENOT, 2012, p. 62)

E ao estudar os princípios inerentes ao Processo Penal, numa perspectiva garantista, é necessário fazê-lo sob a ótica do Direito Constitucional. Portanto, o estudo deve ser sistemático.

3. O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA, DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, OU PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Dentre tantos princípios informadores do Processo Penal, é objeto deste estudo, o princípio da presunção de inocência, como mais amplamente é conhecido.

O princípio tem como marco principal a previsão contida no art. 9° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Durante o Iluminismo, revelou-se a insurreição ao sistema processual penal inquisitório, diante da necessidade de proteger o cidadão do arbítrio do Estado, que perseguia a condenação, presumindo o réu como culpado. (RANGEL, 2014, p. 24)

Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 1948 e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, também de 1948. (MOUGENOT, 2012, p. 71)

Assim prevê o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

O princípio da presunção de inocência na Constituição Federal da República Federativa do Brasil encontra-se previsto no art. 5º, inciso LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ora, pela leitura do texto constitucional vê-se que não é declarada a inocência do acusado. Portanto, o princípio é manifestado de forma implícita em nosso ordenamento jurídico.

A previsão constitucional demonstra o fato de não ser o acusado necessariamente o possuidor da culpa, pela prática do fato que lhe é imputado. Para que se reconheça a culpa de alguém, pressupõe-se o exercício da Jurisdição, por meio da qual o Estado-juiz prolata a sentença condenatória não mais passível de recurso.

Ora, para o exercício da jurisdição, indispensável é a existência do devido processo legal, meio adequado para a obtenção da prova. Afinal, assim dispõe a Constituição Federal no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

No devido processo legal, surgem como indispensáveis a ampla defesa e o contraditório, princípios constitucionais aplicáveis em todos os processos, de natureza judicial ou administrativa. A Constituição Federal prevê no art. 5°, LV: “ aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Parte significativa da doutrina entende que a terminologia “presunção de inocência” não é tecnicamente correta. Afinal, presunção é operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. Edilson Mougenot considera que é uma melhor técnica, chamá-lo de “princípio de não culpabilidade”, pois a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garante que ninguém será considerado culpado, até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado. Nessa linha, o princípio traduz-se em verdadeira garantia constitucional, fazendo alusão a um “estado de inocência” ou de “não culpabilidade”. (MOUGENOT, 2012, p.71).

Paulo Rangel considera, nesse mesmo sentido, que tanto o réu pode ser presumido culpado como presumido inocente, sendo que em nenhum destes casos há violação à Constituição Federal. Ao absolver, o juiz presume o réu inocente e ao condená-lo, presume-o culpado. “O que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir.” (RANGEL, 2014, p. 25)

Mas ainda há autores que preferem utilizar a terminologia presunção de inocência. Vejamos:

> Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT): “**O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a idéia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).** Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5°, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde

> 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (ADPF 144-7/DF)

Muito embora haja maior concordância com a terminologia de “princípio de não culpabilidade”, como vedação constitucional a que se considere alguém culpado antes da sentença penal condenatória irrecorrível, tratar-se-á como expressões sinônimas “princípio da presunção de inocência” ou “estado de inocência”. E sobre tal princípio, Nucci assevera:

> O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo este seu estado natural, razão pela qual, quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. (NUCCI, 2011, p. 42.)

Segundo Fernando Capez, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três importantes aspectos:

a) na instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade, com inversão do ônus da prova;

b) na avaliação da prova, sendo que em caso de dúvida, a valoração é em favor do acusado;

c) no curso do processo penal, como regra de tratamento, especialmente no tocante à decretação da prisão processual. (CAPEZ, 2012, p. 80)

Por este princípio, portanto, cabe à acusação demonstrar a ocorrência do delito e demonstrar que o acusado é, de fato o autor. Em não sendo provada a existência do fato, não existindo prova de ter concorrido o acusado para a prática do crime ou não existindo prova para fundamentar a condenação, o juiz deverá absolver o acusado, nos termos do art. 386 do Código de Processo Penal. Portanto, não se pode imputar a culpa por simples presunção.

Importante decorrência desse princípio ainda é a excepcionalidade das prisões processuais. Sabido é que a prisão processual não constitui cumprimento de pena. A decretação da prisão sem que tenha sido prolatada a sentença condenatória não mais passível de recurso, só deve prosperar quando presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão, os quais são previstos em lei. Portanto, as prisões processuais somente serão admissíveis, quando demonstrada a presença dos requisitos da tutela cautelar. Tanto que no caso da prisão preventiva, esta só será imposta, se não for possível outra medida menos invasiva ao direito de liberdade, dentre as elencadas no rol do art. 319 do CPP. Tem como fundamento a necessidade de se assegurar a eficácia da tutela jurisdicional a ser outorgada ao

final do processo, sem que se questione a culpabilidade do investigado ou do acusado. (CAPEZ, 2012, p. 301)

E ademais, é entendimento pacífico da jurisprudência que as prisões provisórias não ferem o princípio de não culpabilidade. A Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, firma nesse sentido o entendimento: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Outra decorrência do princípio do estado de inocência é a impossibilidade de que sejam considerados inquéritos e processos criminais em andamento do acusado, sem trânsito em julgado, para agravamento da dosimetria da pena. Assim prevê a Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

3.1 NOVA VISÃO DO STF SOBRE INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Desde o ano de 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84078, o Supremo Tribunal Federal tinha como entendimento que para a execução da pena necessário era o trânsito em julgado da condenação.

Em fevereiro de 2016, ao negar o HC 126292, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apontou para mudança do posicionamento, entendendo pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau.

O relator, ministro Teori Zavascki, sustentou que uma vez mantida a sentença penal pela segunda instância, autorizado está o início da execução da pena, sem que se ofenda o princípio constitucional da presunção da inocência.

Esta é uma decisão que busca dar resposta à impunidade, evitando-se recursos de cunho meramente protelatórios. Ainda que existam críticas a respeito de tal mudança de paradigma acerca do princípio da presunção de inocência, relativamente ao cumprimento da pena, certo é que tal decisão aponta para novo entendimento a respeito do tema.

4. REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CORPORAÇÕES MILITARES ESTADUAIS

Pela letra do art. 144 da Constituição federal, constituem, além de outros, órgãos de Segurança Pública, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares. Estas instituições são organizadas com base na hierarquia e na disciplina.

Para ingresso nestas Corporações, na esteira das leis estaduais que regulam cada Instituição, comum é se exigir do candidato a comprovação negativa de sentença condenatória, trânsita em julgado, seja em âmbito penal, penal militar e eleitoral.

Verifica-se aqui um alinhamento com o estado de inocência, já que não é comum ser óbice para ingresso nas Corporações, a simples existência de indiciamento em inquérito ou estar respondendo a ação penal, mesmo que haja sentença não definitiva. Como já dito, o fato de se figurar como réu num processo, não pode configurar conduta desabonadora ao ponto de não permitir à pessoa a tomada de posse no cargo público em questão.

Tendo ocorrido a submissão da sentença no segundo grau, decidindo-se pela manutenção da condenação, entendemos como sendo cabível a exigência das Corporações, que pela peculiaridade da atividade de Segurança Pública, podem limitar o ingresso em seus quadros de pessoas com maus antecedentes.

Outro ponto interessante, diz respeito aos Conselhos ou Procedimentos Administrativos Disciplinares, também comum às Corporações, em que se avalia, do ponto de vista da ética e da disciplina militares, a capacidade do militar estável de permanecer no serviço ativo.

Interessante é que para tais procedimentos, muitas vezes não se privilegia a presunção de inocência, uma vez que a suposta prática de crime, por exemplo, os hediondos, pode levar a uma penalidade administrativa como a demissão, antes do devido processo penal.

Ora, se judicialmente a questão ainda é debatida, qual a finalidade de antecipar administrativamente a culpa, em razão da prática de um crime?

No que diz respeito aos Inquéritos Policiais Militares (IPM), é comum o encarregado concluir ter havido também a prática de transgressão disciplinar pelo indiciado.

Nesse caso, é regra nas Corporações militares, aplicarem, após realização de Sindicância, em que se possibilita defesa e contraditório, a punição disciplinar correspondente, sem aguardar o posicionamento da Justiça Militar sobre a solução

do inquérito. Ressaltando que punição administrativa pode ser até mesmo a demissão a bem disciplina.

Vigora o entendimento de que autoridade administrativa possui independência e autonomia para impor sanção aos militares quando da prática da transgressão, imputando-se a sanção, mesmo quando há conhecida relação de dependência da transgressão disciplinar e do crime militar.

Sabido é, que as esferas penal e administrativas são independentes entre si, tanto que as sanções podem ser cumulativas, pelo mesmo fato. Assim assevera Hely Lopes Meirelles:

> A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos, nem mesmo em face da presunção de não culpabilidade... o ilícito administrativo independe do criminal. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor. (MEIRELLES, 2002, p. 467)

Mas, em que pese esta independência entre as esferas, preciso é considerar que a punição administrativa deve ser lastreada pelo respeito aos preceitos constitucionais. Por maior que seja o interesse em manter a hierarquia e a disciplina, não se pode deixar de considerar a presunção de inocência.

Assim, a precipitação em punir administrativamente, quando ainda é pendente o julgamento acerca da prática do crime, além de em alguns casos ensejar perda de tempo, de recursos humanos, materiais e financeiros empregados no processo administrativo, pode também gerar injustiças de difícil reparação, quando é o caso de já se ter cumprido a penalidade administrativa e depois sobrevir sentença absolutória que justifique a comunicação entre as esferas.

Portanto, em caso de possível cometimento de crime, agir com maior cautela e com consideração ao estado de inocência, certamente conduzirá a processos mais justos e eficazes.

Ainda outro aspecto diz respeito à promoção de militares, os quais também podem deixar de ser promovidos ou de freqüentar cursos necessários à progressão na carreira, em razão de estar respondendo a processos penais.

Em que pese existir a possibilidade de ressarcimento de preterição, no caso de se provar a inocência, o que se vê é um ato também de flagrante violação ao estado de inocência, vez que o militar está sendo punido, tendo direitos seus sendo limitados, quando ainda é considerado inocente.

5. EFEITO IRRADIANTE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Após exposição sobre o princípio do estado de inocência e dos seus importantes desdobramentos no Processo Penal, cabe pensar até que ponto, a não culpabilidade atinge outros processos, de natureza não penal, mormente, os de natureza administrativa.

Certo, é que nos processos de natureza administrativa, o princípio deve ser aplicado, de maneira que no tocante à apuração da prática da infração administrativa, o devido processo deve fornecer um conjunto probatório necessário a qualquer espécie de imputação, garantida a ampla defesa e o contraditório.

Como exemplo disso, colacionamos algumas previsões legais. Da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, extrai-se o seguinte:

> Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Todavia, a questão que fundamenta o problema em análise nesse estudo, não é exatamente o alcance do princípio, quanto à sua aplicação em casos que tratam de violação exclusiva de regras da Administração Pública. Afinal, como já demonstrado, parece-nos pacífica esta aplicação.

É sim, relacionada aos desdobramentos do princípio da não culpabilidade, frente a casos em que antes mesmo de haver julgamento transitado em julgado na esfera penal, o fato de um inquérito, uma ação penal em andamento, ou mesmo os simples indícios de cometimento de crime, serem capazes de interferir na esfera jurídica de servidores públicos, prejudicando-os, no caso em tela, os militares estaduais.

Para realizar esta reflexão, nada amoldou-se melhor que as proposições contidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144-7/Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 6 de agosto de 2008. E esta é a fonte para os raciocínios estruturados a seguir.

Foi eixo central para toda a argumentação desenvolvida, a seguinte questão, extraída da ADPF 144-7/DF: “O direito fundamental à presunção de inocência restringe-se, quanto à sua incidência, apenas ao domínio processual penal ou, ao contrário, trata-se de postulado impregnado de espectro amplo, que também alcança e abrange a atividade do Poder Público em qualquer esfera de sua atuação, impondo-lhe limites inultrapassáveis?”

O Relator utilizou-se de fundamentos do Ministro Xavier de Albuquerque, no Recurso Ordinário nº 4.189/RJ, em que considerou:

> “O fato de alguém responder a processo criminal adere, objetivamente, à sua vida. Ninguém, que respondeu a um processo criminal, retira jamais esse episódio da sua história pessoal. Mas não pode ele, por si só, comprometer a moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado.”

No julgado em análise, o Ministro Celso de Mello tratou do “efeito irradiante da presunção de inocência”. Por tal efeito, o princípio deve ser aplicável a processos de natureza não-criminal. Resulta isso, na preservação da integridade dos direitos do homem, não permitindo, que de forma prematura, sejam impostas medidas gravosas às pessoas, as quais são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, presumindo-se a culpabilidade.

É oportuno ainda, citar o julgamento plenário (RE 482.006/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), interpretando a Constituição Federal, em que observou, que a presunção de inocência também alcança o âmbito extrapenal.

> “Ressalto, como aqui já foi afirmado, a importância deste julgamento, em que o Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição da República, deixa perfeitamente claro que o princípio da não-culpabilidade projeta-se para além de uma dimensão estritamente penal, alcançando quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa. .....
> Entendo que esta é uma decisão de grande importância, pois reconhece que, no Estado democrático de Direito, os poderes do Estado acham-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão. **O Estado não pode legislar, imoderadamente, de maneira abusiva** (RTJ 182/1102-1103 - RTJ 190/874-876 – RTJ 195/635 - ADI 2.551-MC-QO/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **para, em transgressão ao postulado da não-culpabilidade e ao princípio da proporcionalidade, estabelecer normas ou adotar medidas administrativas que culminem por impor restrições absolutamente inconviventes com referidas diretrizes fundamentais**.” (Grifamos)

Portanto, há de observar que o Poder Público, com base na presunção, dada por meio de indiciamento ou acusação em sede ação penal, ou mesmo, com base suspeitas ou presunções, não deve atingir a esfera jurídica de terceiro, antes que esse seja dado como culpado.

Cabe então refletir se qualquer espécie de punição ou restrição de direito, com base em uma situação de "culpa penal presumida", é ato abusivo por parte de quem o pratica. Isso, seja por parte da autoridade administrativa, em sede da aplicação da lei, ou mesmo do legislador ao não considerar o princípio constitucional impondo restrições que ferem o estado de inocência.

Corrobora nesse sentido, o entendimento de Celso de Mello sobre o princípio de não culpabilidade:

> "a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-se para esferas processuais não criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico - ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulam, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado. (ADPF 144-7/DF)

Como caso prático de aplicação do princípio em esfera não-penal, vejamos decisão dada no Recurso Extraordinário 565.519/Distrito Federal, também de relatoria do Ministro Celso de Mello:

> DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, está assim ementado (fls. 196):
> "MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS DA POLÍCIA MILITAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.
> 1. **É ilegal a exclusão de candidato ao Curso de Formação de Sargento da Polícia Militar do Distrito Federal por estar respondendo a processo criminal junto à Auditoria Militar, por flagrante afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência**.

Outros julgados, no mesmo sentido:

> (RE 450.971-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI)
> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO.

> POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES.
> **O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência.** Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 741.101-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU)

> (RE 487.398-AgR/MS, Rel. Min. GILMAR MENDES)
> "CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO. EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE PROCEDIMENTO PENAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.
> - **A exclusão de candidato regularmente inscrito em concurso público, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra ele, procedimento penal, sem que houvesse, no entanto, condenação criminal transitada em julgado, vulnera, de modo frontal, o postulado constitucional do estado de inocência, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República**. Precedentes."

Pelo exposto, conclui-se que o fato da pessoa estar sujeita a um inquérito policial, ou a persecução criminal sem sentença condenatória definitiva, não é suficiente para desabonar o indiciado ou réu, a ponto de sacrificar-lhe, por meio de um juízo antecipado, ao restringir-lhe a fruição de determinados direitos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência, que remonta da insurreição ao processo penal inquisitivo do Antigo Regime, culminando no processo acusatório, é verdadeiramente uma conquista que impede o arbítrio do Estado e garante proteção ao cidadão.

Este princípio histórico, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal do Brasil, vem cercar o Processo Penal de uma proteção efetiva ao indivíduo, que só poderá ser considerado culpado após o trânsito da sentença penal condenatória, cabendo ao Estado provar a culpa.

Pelo o estudo realizado, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal mantém firme a garantia do efeito irradiante da presunção de inocência para todo o ordenamento jurídico, de maneira que é o princípio aplicável também aos processos de natureza não-criminal.

Preservar este princípio fundamental não é, portanto, dever apenas dos julgadores em sede do Processo Penal. Para além disso, concebe-se o princípio como verdadeira regra de tratamento, extensivo à esfera de decisão administrativa, bem como, aos atos legislativos.

Não deve, portanto, qualquer instância estatal, de forma precipitada e baseada em presunções, impor medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, tratando-as como se culpadas fossem. O Estado não pode voltar ao arbítrio e fazer da presunção prematura de culpa a própria culpabilidade.

De tal maneira, entendemos que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares, devem estar ajustados a este princípio constitucional. E de igual forma, a interpretação que é dada aos dispositivos legais.

O levantamento de tais reflexões, certamente é um passo para que outras discussões sejam travadas e novas perspectivas sejam traçadas, nesse processo dinâmico de construção e efetivação dos direitos.

7. REFERÊNCIAS

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 144-7/DISTRITO FEDERAL, Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf >. Acesso em: 05.mar.2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05.mar.2016.

_____. BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05.mar.2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: < http://www.dicionariodoaurelio.com/principio>. Acesso em: 05.mar.2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.