Relativização do Princípio da Presunção de Inocência pelo Supremo Tribunal Federal

Samoel Gonçalves de Oliveira*

Resumo: A execução provisória da pena é matéria de divergência na doutrina e na jurisprudência, mormente com o advento da Constituição de 1988, que traz o princípio da presunção de inocência. O objetivo deste trabalho é analisar de forma mais aprofundada a essência desse princípio, sua harmonia com demais princípios constitucionais, a matéria discutida em sede de recurso extraordinário e especial, a restauração da tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exarada no Habeas Corpus 126.929, que autoriza o cumprimento provisório da pena a partir de uma decisão de segunda instância, bem como seus reflexos no mundo jurídico penal.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Execução Provisória; Relativização; Pena.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, o qual parte da premissa de que o acusado deve ser considerado inocente, até a superveniência de sentença penal condenatória, com trânsito em julgado e o instituto da execução provisória da pena.

Analisa-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal exarada no bojo do HC 126292, impetrado contra decisão do Eg. Tribunal do Estado de São Paulo, que por maioria dos votos (4x7), restaurou o tradicional entendimento daquela Suprema Corte, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Busca-se, através do exame dos dois últimos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, extraídos do HC 84.078 e do HC 126.292, aliado à pesquisas junto a doutrinas pátrias, a aplicabilidade da presunção de inocência com o instituto da execução provisória da pena.

*Acadêmico do 9º período noturno do curso de Direito do ITAN – Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves” – São João Del Rei/MG.
Email: samoeloliveira23@gmail.com

A discussão proposta se mostra pertinente na medida que a relativização do princípio da presunção de inocência traz significativas mudanças no mundo jurídico, vez que atribui mais efetividade às decisões proferidas pelos juízos ordinários, bem como desestimula a interposição de recursos de natureza extraordinária com efeitos puramente protelatórios.

Objetiva-se elucidar as divergências que surgiram na jurisprudência após a promulgação da Carta Política de 1988 com dispositivos do Código de Processo Penal e em leis ordinárias esparsas que tratam da execução provisória da pena, mormente o postulado da não culpabilidade.

Abordar-se o princípio da presunção de inocência como garantia fundamental, sua evolução histórica e como se encontra em nosso arranjo constitucional.

Far-se-á uma análise da abrangência das matérias discutidas em sede de recurso extraordinário e especial, bem como em que juízo se consuma efetivamente o segundo grau jurisdição.

Aborda-se os efeitos nefastos que o cumprimento provisório de uma pena pode ocasionar na vida dos cidadãos que possivelmente venham a ter seu recurso especial ou extraordinário providos e, conseqüentemente serem inocentados. Os perigos que poderiam levar o encarceramento prematuro de uma pessoa num sistema carcerário completamente falido, desestruturado, em que muitas das vezes não se respeita o direito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: o princípio da presunção de inocência, a disposição de tal princípio como garantia individual e sua evolução histórica, os riscos da execução provisória da pena, presunção de inocência e as prisões cautelares, a relativização de princípios, os efeitos dos recursos extraordinário e especial, bem como os prós e contras da execução provisória da pena.

1. Princípio do estado de inocência

Praticado um fato definido como crime, surge para o Estado o direito de punir, que se exercita através do processo penal, observado os princípios e garantias individuais consagrados por nossa Carta Maior. Somente assim poderá o acusado ter seu direito de liberdade restringido.

Como bem afirma Mirabete (2001, p. 37-38), a finalidade mediata do processo penal se confunde com a do Direito Penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação.

O princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, o princípio garante que todo acusado seja considerado inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado.

A partir da imposição do princípio da presunção de inocência, que é por muitos chamado de princípio da não culpabilidade, inverte-se o ônus da prova, na medida em que a inocência é presumida, cabendo à acusação – Ministério Público ou parte acusadora, caso de ação penal privada - provar a culpa, e não a defesa.

Alexandre de Moraes (2013, p. 122), dissertando sobre o princípio da presunção de inocência ressalta:

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.

A disposição de tal princípio na norma constitucional visa garantir que o ônus da prova sempre caberá à acusação e, não à defesa do réu.

1.2. Presunção do estado de inocência como garantia individual e evolução histórica

Podemos definir Direitos Humanos fundamentais como aqueles inerentes a todo e qualquer ser humano, os quais se fazem essenciais para uma vida digna, livre e igual.

São características dos direitos fundamentais a historicidade; a inalienabilidade, uma vez que não podem ser transferidos e negociáveis; a imprescritibilidade, não deixando de existir em razão do desuso; a irrenunciabilidade; a universalidade, bem como a possibilidade de serem limitados, já que não são absolutos. Cabe desde já ressaltar que haverá uma limitação dos direitos fundamentais sempre que houver uma colisão entre princípios.

Greco (2011, p. 25), discorrendo sobre direitos fundamentais preleciona o seguinte:

A doutrina internacionalista diz que “direitos humanos” são aqueles inerentes a toda pessoa humana e são vinculados ao jusnaturalismo. Quando positivados em âmbito internacional, são chamados ‘direitos do homem’. No âmbito

interno, ao serem consagrados por uma carta constitucional, recebem o nome de ‘direitos fundamentais’.

Positiva-se o princípio da presunção de inocência no art. 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimida em lei”, cuja influência de Beccaria foi decisiva para o reconhecimento da completa inocência do indivíduo antes de sentença judicial (Varalda, 2007, p. 18-19).

O princípio da presunção de inocência contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 referia-se principalmente ao tratamento do acusado no curso do processo, ou seja, presumia-se inocente até a declaração de sentença judicial, em que haveria uma decisão de condenação ou absolvição (Varalda, 2007, p. 20).

O artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 2 de maio de 1948, reitera o preceito fundamental.

O terceiro significado do histórico da presunção de inocência é oriundo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim estabelece em seu artigo 11º - 1: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Considerando que o Brasil aderiu à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Decreto nº678, de 6-11-92, vige no país a regra de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, 2 da Convenção) (Mirabete, 2001, p. 42).

Por força de tal incorporação, bem como em consonância com o disposto no art. 5º, §2º da CF/88, como direito fundamental, tal princípio tem hierarquia constitucional, sendo incontestavelmente vedada sua supressão, ainda que por emenda constitucional.

Segundo Piovesan, citada por Varalda (*apud* 2007, p. 35), por força do §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, o que afasta o equivocado entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da introdução do § 3º, do art. 5º, da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004 seriam recepcionados como lei federal, diante da falta de quórum qualificado de três quintos prescritos no referido parágrafo. O §3º, do art. 5º teve o papel apenas reconhecer de

modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, já que “Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto que os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude do quórum de aprovação”.

O Supremo Tribunal Federal quando provocado para se manifestar em relação ao tema, decidiu que os tratados que versem sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil anteriormente a emenda constitucional nº 45/2004 tem natureza supralegal, valendo mais do que lei ordinária e menos do que preceito constitucional, já que não tiveram a aprovação no Congresso com a representatividade necessária para se aprovar uma emenda à Constituição.

Morais (2013, p. 122), explica que a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legalidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.

1.3. Risco da execução provisória da pena

Aqueles que são contra a relativização do princípio do estado de inocência sustentam que a execução de uma pena da qual futuramente venha o acusado a ser declarado inocente pode acarretar prejuízos irreparáveis na vida de um ser humano.

Como sabemos, nosso sistema penitenciário encontra-se falido, sendo comum os problemas da superlotação carcerária; espancamentos; falta de cuidados médicos; estupros; presos cumprirem pena além do tempo que fora fixado no título executivo outorgado ao Estado; a concessão benefícios legais que em não raras exceções são demasiadamente retardados, sob o argumento do acúmulo de processos pelo juízo da execução criminal; a falta do processo de classificação dos presos, levando-se em consideração as infrações penais cometidas, o para muitos é tida como impossível de ser realizada. Além do mais não podemos ignorar o fato que ainda somos muito preconceituosos com àqueles que já foram presos ou cumpriram pena restritiva de liberdade.

Conforme destaca Grego (2011, p. 103):

No que diz respeito ao sistema penitenciário, como se percebe, parece que o desrespeito à dignidade da pessoa pelo Estado é ainda mais intenso. Parece que, além das funções que, normalmente, são atribuídas às penas, vale dizer, reprovar aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais, o Estado quer vingar-se do infrator, como ocorria em um passado não muito distante, fazendo com que se arrependa amargamente pelo mal que praticou perante a sociedade na qual se encontra inserido.

Fato é que o aplicador do direito deve redobrar seus cuidados quando estar a tratar da liberdade da pessoa, vez que o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade lida com a liberdade, algo do qual utiliza o tempo de vida como forma de punição. Acontece que esse tempo de vida perdido é irrestituível, e não vai ser com uma futura indenização paga pelo Estado que vai devolvê-lo, uma vez perdido, não mais se recupera.

Além do mais, se o atual Estado não tem condições de garantir instalações penitenciárias descentes, que proporcionem a reabilitação do detento e do regresso, órgãos que atuem de forma mais eficaz - sempre é claro, com o devido respeito à dignidade da pessoa humana - principalmente por falta de recursos financeiros, certamente não terá condição de pagar futuras e pesadas indenizações. Isso poderia elevar ainda mais a sensação de injustiça imbuída no subconsciente daquele agente, e conseqüentemente de todos aqueles que direta ou indiretamente forem afetados.

Desse modo, como bem ensina Mirabete (2000, p. 41), pelo princípio do estado de inocência, a restrição da liberdade do acusado antes da sentença definitiva (trânsito em julgado) somente deve ocorrer em caso de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, conforme estabelece a lei processual; não cabe ao acusado provar sua inocência, incumbindo ao acusador (MP ou parte acusadora) provar sua culpa; somente havendo convicção de que o acusado é o responsável pelo delito, poderá o juiz condenar o mesmo, não restando outra alternativa que não seja a absolvição, em caso de dúvida da culpa (*in dubio pro reo*).

2. Presunção de Inocência e as Prisões Cautelares

Como já vimos, o princípio da presunção de inocência garante que o acusado seja tratado como inocente durante todo o processo penal. Limita-se, com a sua observância, a pretensão punitiva estatal.

Porém, em casos excepcionais, se fará necessária a imposição de medidas cautelares, a fim de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, e para assegurar a aplicação da lei penal.

Para a decretação de qualquer medida cautelar, deve existir prova da existência do crime e indício suficiente da autoria, além de estarem presentes os requisitos inerentes às medidas cautelares do direito civil, quais sejam, *fumus boni iuris*, probabilidade de existência do direito material controvertido e do *periculum in mora*, provável perda do direito, em caso da demora na prestação jurisdicional definitiva

As medidas cautelares abrange a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão em flagrante delito e as medidas alternativas à prisão.

Gomes Filho (2013, p. 181), esclarece que as medidas cautelares “são mecanismos de que se vale a técnica processual para *antecipar*, atendidas determinadas condições, aquilo que somente deveria constituir resultado da realização daquelas atividades preparatórias”.

Sanguiné (2014, p. 2), também conceitua a prisão cautelar com muita propriedade:

A *prisão cautelar* pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora **considerada juridicamente inocente**, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo uma tendência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.

A aplicação das medidas cautelares é tema que sempre causa muita polêmica no âmbito do direito penal, isso porque há um conflito entre o interesse do Estado - na efetivação da persecução penal - e as garantias fundamentais do acusado.

A sua aplicação de medidas tão gravosas para o acusado exige muito cuidado por parte de nossos magistrados, haja vista que sua aplicação tem fins próprios da pena. Encontra-se equivocada a defesa de que o delinquente comece a sofrer os efeitos de uma pena logo após a execução do delito. Isso leva a uma deformação da natureza dos procedimentos cautelares, indo em confronto direto com os fins das garantias fundamentais, em especial, a presunção de inocência.

Como bem coloca Bento (2007, p.152), “a presunção de inocência não está para impedir a custódia cautelar do infrator, mas para reforçar os critérios para a sua decretação, dentre eles, perigo à atividade processual ou policial, como medida extrema, subordinada a requisitos diretos de legalidade”.

No entanto, em determinados casos, podemos considerar como inevitável a privação da liberdade do acusado no decorrer do processo cognitivo. E diante desse fato, a referida presunção de inocência ceder diante das provas de culpabilidade apresentadas pela acusação, e com isso, não restar outra alternativa senão a aplicação de alguma medida cautelar. Mas, em hipótese alguma, pode haver por parte do magistrado um prejulgamento da culpabilidade. Por isso que é de extrema importância estabelecer quais serão os critérios de juízo sobre os fatos apresentados para a decretação de medida cautelar.

Como bem coloca Nucci (2014, p. 4), ao destacar “Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando for realmente útil à instrução e à ordem pública”.

Apesar dos inconvenientes da prisão cautelar, isso jamais conduziu a imaginar seu desaparecimento. Inclusive a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, reconhecem expressamente essa possibilidade. Assim, prepondera a postura segundo a qual a prisão provisória se considera conciliável com o direito à presunção de inocência. (Sanguiné, 2014, p. 185).

A privação da liberdade do acusado, obtida por meio de uma medida cautelar deve ser sempre tida como último recurso (*ultima ratio*) e não como um cumprimento de pena de forma antecipada. No entanto, o que nossa prática forense vem revelando nos últimos anos, talvez impulsionada pela grande cumulação de processos, aliado a grande morosidade do nosso código de processo penal, o que acarreta que processos demande muitos anos para chegarem ao fim, bem como a crescente necessidade de se dar uma resposta à uma população que não mais acredita em suas instituições, é que a essas medidas cautelares estão sendo usadas, sem a aprofundada observação dos requisitos inerentes a tais medidas, e como instrumento apto a corrigir erros históricos e institucionais.

A aplicação do instituto das prisões cautelares exigem magistrados independentes e comprometidos com a aplicação da lei, não temerosos à opinião pública, que sempre tem os direitos fundamentais como norteadores de suas decisões, haja vista que os mesmos são regras basilares de qualquer Estado Democrático de Direito. Será legítima aquela decisão que demonstrar estar em plena compatibilidade com as normas, princípios e as garantias constitucionais vigentes.

3. Relativização de Princípios

Direitos fundamentais neste trabalho devem ser entendidos, primordialmente, como princípios.

Há um consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido da possibilidade de limitação dos princípios constitucionais. Isso porque nenhum ordenamento jurídico pode proteger os princípios constitucionais consagrados em sua Carta Maior de forma ilimitada. Assim sendo, havendo conflito direto entre princípios constitucionais, se faz mister uma ponderação no caso concreto, a fim de se chegar ao fim precípua do Direito, qual seja, a obtenção da solução mais justa no caso concreto.

Assim coloca Sanguiné (2014, p. 53):

Destarte, do caráter de princípio das normas de direitos fundamental deriva, não somente que, em razão dos princípios contrapostos, os direitos fundamentais estão restringidos e são restringíveis, mas que também suas restrições e a possibilidade de restringi-los, são restringidas. Uma restrição aos direitos fundamentais somente é admissível se no caso concreto aos princípios contrapostos lhe corresponde um peso maior que aquele que corresponde ao princípio de direito fundamental. Por isso, os direitos fundamentais, em si mesmos, são restrições às suas restrições e a possibilidade de restringi-los.

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com outro (Mendes; Branco, 2014, p. 183).

O exercício de determinado direito pode muitas vezes gerar conflitos com outros igualmente constitucionais, e com isso surgir a necessidade de uma definição do âmbito, bem como dos limites desses direitos. É importante identificar o objeto protegido pela garantia fundamental e contra quais tipos de restrições ou agressões estas visam proteger.

Mendes e Branco (2014, p. 193) explicam que quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Enquanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor a possibilidade de existência de conflito entre Estado e indivíduo. A definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais.

Há duas teorias que explicam a restrição de direitos fundamentais, a teoria externa e a teoria interna.

Para a teoria externa, sempre que há um direito, existe uma norma que o garante,

assim como também uma outra que o restringe. Desse modo, existe uma necessidade de se fazer compatível os direitos de diferentes indivíduos, com os direitos individuais e os bens coletivos. Essa teoria está apta para reconstituir a colisão entre objetos normativos, em especial, a colisão entre direitos e bens coletivos (Sanguiné, 2014, p. 50-51).

Para a teoria interna dos direitos, o direito já nasce com seus limites, de forma que toda posição jurídica que exceda dito direito predeterminado não existe. Assim, quem sustenta uma teoria individualista do Estado e da sociedade, inclinar-se-á mais à teoria externa, e; aquele que quem lhe interesse a posição do membro integrante de uma comunidade, inclinar-se-á pela teoria interna (Sanguiné, 2014, p. 50-51).

Os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa disposição constitucional ou por norma legal promulgada com fundamento na Constituição.

Desse modo, não deve prosperar a ideologia de que os direitos fundamentais são absolutos ou ilimitados, que possam ser exercidos sem qualquer restrição. Determinar seus limites é tarefa de suma importância, já que uma grande amplitude poderia tornar difícil a determinação do âmbito dos direitos fundamentais e pode até mesmo eliminá-los.

Se os direitos fundamentais não são absolutos, devem ser conciliados ou harmonizados com outros bens. Nenhum direito é absoluto ou todos os direitos são limitados, todo direito fundamental fica limitado pela necessidade de se fazer compatível com os demais direitos e bens jurídicos protegidos pela Constituição. Busca-se uma solução à colisão entre direitos e bens jurídicos se status constitucional, através de uma ponderação, levando em conta todas as circunstâncias do caso em apreço.

Essa ponderação está diretamente relacionada com o princípio da proporcionalidade, o qual exige que o sacrifício de determinado direito do indivíduo, apto a chegar a uma solução para o problema levado à baila, seja o menor possível. Busca-se o meio menos danoso para a parte que terá seu direito restringido.

Conclui-se assim que é possível a limitação ou restrição de garantias fundamentais, no entanto, exige-se muita cautela por parte do magistrado, considerando se tratar de cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º, IV).

3- Recursos Extraordinário e Especial

Conforme disposição do artigo 102, III, da CF, caberá ao Supremo Tribunal Federal analisar os recursos extraordinários, mediante a compreensão da Carta Maior.

Já ao Superior Tribunal de Justiça, caberá, conforme disposto no artigo 105, III, da CF, a análise dos recursos especiais, os quais deverão estar relacionados à direito de matéria infraconstitucional federal.

Os recursos extraordinário e especial devem ser tidos como recursos excepcionais, dispostos a garantir o respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais pelos Tribunais do nosso País.

É imprescindível que a questão constitucional ou a questão federal esteja estampada na decisão recorrida.

Não são esses recursos instrumentos processuais aptos a ensejar uma nova valoração dos fatos e provas do autos. Os mesmos não visam diretamente a tutela do direito da parte, objetivam essencialmente a unidade do direito brasileiro e, conhecendo do recurso, os tribunais extraordinários, devem julgar a causa aplicando o direito à espécie.

Neles discute-se questões puramente de direito. Esse é o entendimento que também se extrai da súmula 279 do STF “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, da súmula 7 do STJ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” e da súmula 280 do STF “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Conforme bem colocado pelo Ministro Teori Zavaski em voto proferido no HC 126.292/SP (p. 6): “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos de duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória”.

Segundo o artigo 637, do Código de Processo Penal, o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, *in verbis*: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

A Súmula 267, do STJ, também foi editada no mesmo sentido, *in verbis*: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

4. Os contras da relativização do princípio da presunção de inocência

O tradicional entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido da possibilidade do início do cumprimento da pena restritiva de liberdade na pendência de recurso especial ou extraordinário.

Nesse contexto foram editadas as Súmulas 716 e 717 do STF:

Súmula nº 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Súmula nº 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

Esse também foi o posicionamento do legislador ao editar o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e a Lei 8.038/90.

No entanto, no ano de 2009, quando do julgamento do HC 84.078, houve uma mudança de entendimento pela Suprema Corte, no sentido da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena por expressa vedação da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e por afronta a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

A maioria dos ministros que compunham o Pleno da Suprema Corte à época, entenderam que após a promulgação da Carta Política de 1988, tornou-se inconstitucional o disposto no art. 637 do CPP, diante do princípio da não culpabilidade.

O ministro Eros Grau defendeu que a Lei de Execução Penal (lei 7.210/84) condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo que se depreende pelos artigos 105, 147 e 164.

Assim dispõe os artigos citados:

Art. 105. “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Art. 147. “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

Art. 164. “Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar a multa ou nomear bens à penhora”.

Salientou que o disposto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), além de estar em conformidade com a Constituição de 1988, se sobrepõem, temporal e materialmente ao disposto no artigo 637 do CPP, bem como no sentido de que única hipótese de prisão antes do trânsito em julgado da condenação seria as prisões de natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva.

E seguiu ainda fundamentando sua decisão no sentido de que apesar de ser notória a banalização dos recursos extraordinário e especial por grande parte dos advogados, não seria esse motivo suficiente para afastamento da regra da não culpabilidade. Esse seria um preço muito alto a se pagar. O melhor caminho seria uma reforma processual, adequada, evidentemente ao que dispõe nossa Constituição.

O Senhor Ministro Celso de Mello em voto proferido já no HC 126.629, destacou logo de início que o princípio da presunção da inocência representa uma conquista histórica dos cidadãos contra a opressão do Estado e do abuso de poder. Que numa democracia mesmo os criminosos são sujeitos de direitos, e que não perdem essa qualidade pelo fato de estar respondendo à processo criminal.

A consagração constitucional da não culpabilidade como direito fundamental, deve ser inerente a qualquer pessoa, independentemente da gravidade ou hediondez do crime que lhe seja imputado. Essa prerrogativa deve prevalecer até a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso protege o acusado da imposição de qualquer medida próprias de uma pena.

O artigo 5º, LVII, da CF, não comporta interpretação, haja visto que se encontra de modo inequívoco a exigência do trânsito em julgado a imposição de pena restritivas de direitos ou de liberdade. É clara a taxatividade do dispositivo constitucional.

A presunção de inocência deve prevalecer ainda assim com uma decisão de segunda confirmando a condenação, haja vista que esse postulado não se esvazia progressivamente.

Sustentam alguns ainda que a presunção de inocência, como garantia fundamental, é verdadeira cláusula pétrea, insuscetível de abolição (art. 60, §4º, da CF).

5. Os prós da relativização da presunção de inocência

Já no recente julgamento proferido no HC 126.292, o plenário da Suprema Corte mudou seu posicionamento restabelecendo o tradicional entendimento, no sentido da possibilidade do início do cumprimento da pena a partir de uma decisão de segunda instância.

Em diversos outros precedentes, anteriores ao HC 84.078, o Pleno do STF já havia se posicionado no sentido de que o princípio da presunção de inocência não impede o início do cumprimento da pena, ainda que pendente recurso extraordinário ou especial.

Esse também teria sido o intuito do legislador ao editar a Lei 8.038/90, que estabeleceu normas procedimentais relativas aos processos que tramitam perante o STJ e o STF, ao dispor que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos somente no efeito devolutivo.

A supressão do efeito suspensivo desses recursos seria reflexo de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei 7.960/89 e, posteriormente, na edição da Lei 8.072/90.

Sobre a questão, ressaltou-se que o novo quadro trazido pelo art. 27, §2º da Lei 8.038/90, no que tange à inexistência de efeito suspensivo aos Recursos Extraordinário e Especial, deve ser observado de forma diversa em relação ao Processo Penal.

Aliás, nessa linha de raciocínio também seguiu o legislador ao editar a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que prevê a ilegitimidade daqueles que respondem a processo por crimes nela relacionados, a partir de uma decisão proferida por órgão colegiado.

Os recursos extraordinários não são aptos à reanálise dos fatos, nem das provas. Nele se discute apenas questão de direito constitucional, quando de competência do Supremo Tribunal Federal, e de direito infraconstitucional, de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, é no juízo ordinário que se concretiza o duplo grau de jurisdição, com o reexame dos fatos e provas colhidos pela instrução do processo. É nesse juízo, que se tem uma ampla devolutividade da matéria impugnada.

A condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o devido processo legal. (Barroso, HC 126.292)

Aguardar a decisão de eventual recurso especial e ou extraordinário para que o acusado dê início ao cumprimento de sua pena parece um tanto desarrazoado. Isso porque, como já visto, é no juízo de apelação que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da culpa do acusado.

A execução provisória da pena a partir de uma decisão confirmatória de segundo grau não compromete o direito fundamental da não culpabilidade, já que o réu foi tratado como inocente durante todo o processo, com respeito ao devido processo legal e ao contraditório.

A partir de uma decisão colegiada, ter-se-á uma decisão com bastante força no sentido da autoria e materialidade do crime.

Atribuir efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial de imediato, sem a comprovação da cristalina necessidade é desprestigiar os juízos das instâncias ordinária – Juízo de primeiro grau, Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal.

Condicionar o início da execução da pena ao julgamento de todos os recursos - ordinários e extraordinários - incentiva a interposição de recursos das mais variadas espécies com o único intuito de arrastar o processo por mais alguns longos anos e evitar o cumprimento da pena.

Ademais, se a prisão do acusado se mostrar arbitrária, equivocada, poderá a defesa se valer das medidas cautelares de efeito suspensivo aos recursos extraordinários e, do próprio remédio constitucional do *habeas corpus* para suspender a execução provisória da pena.

Desse modo, não merece prosperar a defesa de que a não atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários deixa o acusado desamparado da tutela jurisdicional em casos de prisão ilegal

Percebe-se que a Corte Constitucional procura, a partir desse novo posicionamento, dar mais efetividade a jurisdição penal, levando em consideração os anseios da sociedade que clama por justiça, a realidade de nosso sistema de justiça criminal, bem como o uso descabido dos recursos extraordinário e especial por parte de algumas combativas defesas, que visam a todo custo, retardar o cumprimento da pena do acusado, se não em muitos casos, a prescrição punitiva ou executória estatal.

A elevação do princípio da presunção de inocência às últimas consequências, faz com que seja atribuída aos recursos extraordinários efeitos suspensivos que não lhe são próprios. Além de uma cultura de interposição de infundáveis recursos com fins puramente protelatórios.

Nenhum princípio em si é absoluto. Assim como o princípio da inocência, temos a duração razoável do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, da CF.

O judiciário tem de estar atento a celeridade processual, a segurança jurídica e a respostas capazes de garantir a paz social.

A Constituição Federal deve ser analisada como um todo.

O Direito Penal não busca somente a pena em si, mas também a recuperação e a ressocialização do acusado e, tão importante quanto, a prevenção.

A punição serve como desestímulo à prática de crimes, e um processo que se arraste por anos não é capaz de uma resposta à sociedade. Isso faz com se crie a impressão que o crime compensa.

Considerações finais

Diante do exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal com a retomada da tradicional jurisprudência, em atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário, como inclusive previsto em alguns textos normativos, ao harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, buscou um mecanismo legítimo para dar maior efetividade a jurisdição penal, levando em consideração principalmente a atual realidade do nosso sistema processual penal e judiciário.

A execução provisória da pena não fere o direito assegurado ao réu de, em liberdade, ter acesso ao juízo de segundo grau jurisdição.

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, o duplo grau de jurisdição se dá nas instâncias ordinárias. É no órgão colegiado imediatamente superior ao juízo de primeiro grau, quando do julgamento, que se exaure a possibilidade do reexame dos fatos e provas na sua mais ampla devolutividade.

Os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo e, se restringem à matéria de direito constitucional ou infralegal, de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Assim sendo, com a efetivação do duplo grau de jurisdição não faz sentido algum o réu aguardar a decisão final de eventual recurso extraordinário ou especial para dar início ao cumprimento de sua pena.

Ademais, a atribuição de efeito suspensivo a esses recursos após a decisão exarada no bojo do HC 84.078 serviu apenas para incentivar a interposição de recursos aos juízos extraordinários com o único objetivo de retardar o cumprimento da pena.

Nenhum princípio pode ser ilimitado numa Carta Maior. Tendo o acusado sido tratado como inocente em todas as fases processuais nas instâncias ordinárias, com seus direitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa assegurados, e, levando em consideração que, em regra, são nesses juízos que efetiva o genuinamente o duplo

grau de jurisdição, deve o princípio da presunção ser relativizado para assegurar a duração razoável do processo e a efetividade jurisdicional.

Espera-se, com a retomada desse entendimento pela Corte Suprema, dar mais efetividade às decisões proferidas por juízos de primeira instância e por Tribunais do país, bem desestimular a interposição dos recursos extraordinários.

No entanto, somente o tempo poderá mostrar quais efeitos práticos surtirão com a presente decisão em relação a população carcerária e a população que tanto anseia por uma justiça mais eficiente.

REFERÊNCIAS:

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Lantin, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC N. 84.078. Relator: Min. Eros Graus. Publicado no DJE de 17.02.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJE de 17.05.2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 11 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**, 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.