

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA¹

THE RELATIVIZATION OF PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Grace Kelly da Silva²

RESUMO: O princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental prevista em nossa Constituição Federal, em leis infraconstitucionais e atos normativos internacionais. Ocorre que tal princípio recebeu uma nova interpretação no julgamento do HC 126.292/SP, em que a nossa Suprema Corte passou a permitir a execução provisória da pena, quando a sentença condenatória for confirmada em segunda instância. Entretanto ao firmar tal posicionamento nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal deixou de se pronunciar a respeito do artigo 283 do Código de Processo Penal motivo pelo qual foram propostas duas ações de constitucionalidade (ADC 43 e ADC 44). O dispositivo ora mencionado nada mais é que um dispositivo infraconstitucional que também trata do princípio da presunção de inocência. Posicionamento diverso foi o adotado pelo ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar no HC 135.100/MG, uma vez que, segundo ele é inadmissível a afirmação de que a condenação em primeira instância ainda recorrível afasta a presunção de inocência e faz prevalecer à presunção de culpabilidade do réu firma uma inversão inaceitável por se tratar de um direito fundamental constitucional que somente poderia ser descaracterizado com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Declara a inaplicabilidade, ao caso, do julgamento plenário do HC 126.292/SP, visto que, aquela decisão não possui eficácia vinculante.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência; Execução provisória da pena e relativização.

ABSTRACT: The principle of innocence presumption is an essential guarantee provided by our Federal Constitution in infra-constitutional laws and international normative acts. Recently this principle received a new interpretation in the judgment of the HC 126.292/SP, in which Supreme Court began to allow the provisional execution of the sentence, when the sentence is confirmed at second instance. However, in such position in this judgment, the Federal Supreme Court didn't pronounce about Article 283 of the Code of Criminal Procedure, which is why two constitutional actions were proposed (ADC 43 e ADC 44). But as mentioned, this is nothing more than an infra-constitutional dispositive that measures the principle of innocence presumption. A different placement was adopted by Minister Celso de Mello in the judgment of Precautionary Measure in HC 135.100/MG. He said that it's inadmissible that the judgment at first instance still openable dispels the presumption of innocence and prevails the presumption of culpability of the defendant signs an unacceptable reversal because it is a fundamental constitutional right that could only be discharged with the

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Seminário de Monografia no curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves –IPTAN

² Acadêmica em Direito do 10º período do IPTAN. E-mail: gracecbm@yahoo.com.br

final conviction sentence. It declares the inapplicability of the plenary judgment HC 126.292/SP, since this decision hasn't had binding effectiveness.

KEY WORDS: Principle of innocence presumption; Provisional execution of the sentence and relativization.

SUMÁRIO: Introdução; Da metodologia utilizada; O princípio da presunção de inocência; A relativização do princípio da presunção de inocência no HC 126.292/SP; A constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal; A decisão do Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar no HC 135.100/MG; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Para Capez (2016, p.117) o princípio da presunção de inocência desdobra-se, em três momentos distintos. O primeiro momento seria a instrução criminal, uma vez que a presunção de não culpabilidade se dá na inversão o ônus da prova. O segundo momento seria a avaliação da prova, que em havendo dúvidas a prova será interpretada a favor do acusado (*"in dubio pro reo"*). E o terceiro e último momento seria no curso do processo, onde o réu deveria ser tratado como inocente e principalmente no que concerne a sua prisão que só poderia ser decretada após o trânsito em julgado ou em caso de extrema necessidade desde que preenchidos os requisitos autorizadores para a decretação.

Tal princípio impõe ao Poder Público a observância de duas regras em relação ao acusado, uma de tratamento e a outra de fundo probatório. Em relação à regra de tratamento, tal princípio resguarda o direito do acusado de ser tratado como inocente, não podendo portanto sofrer qualquer tipo de restrições, baseado em uma possível condenação. No que tange a regra de fundo probatório, esta se reflete no fato de o ônus da prova recair sempre na acusação. A acusação é quem deve provar a autoria e materialidade do delito e não o inverso. Não cabe ao acusado provar sua inocência e sim a acusação demonstrar a culpa do acusado (Pacelli, 2011, p.47).

O princípio da presunção de inocência deriva do direito natural. O homem nasce inocente e deve manter essa posição até que seja comprovada sua culpa.

A Constituição federal de 1988 positivou esse princípio, como forma de garantir que ninguém poderia ser preso antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não há necessidade de se fazer a interpretação de um dispositivo que deixa clara a finalidade que pretende atingir.

DA METODOLOGIA UTILIZADA

A metodologia utilizada para elaboração do artigo foi descritivo-analítico com a abordagem de temas considerados essenciais para desenvolvimento do tema – como o arcabouço jurídico que trata do princípio da presunção de inocência, e jurisprudência. Foi realizada a pesquisa bibliográfica, doutrinária e documental. O levantamento bibliográfico forneceu conceitos. A pesquisa jurisprudencial demonstrou como foi realizada a mudança de entendimento do Supremo Tribunal, assim como demonstrou ainda existir divergência sobre o tema.

1-PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo Paulo Rangel o princípio da presunção de inocência nasce da necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório predominante desde o século XII, pois nessa época o indivíduo era desprovido de toda e qualquer garantia, e por isso surge à necessidade do cidadão se proteger do poder arbitrário do estado, que buscava a qualquer preço condená-lo, presumindo-o em regra, como culpado (2011, p.45).

Tourinho Filho afirma que nessa época o pensamento que vigorava era de que o réu era um objeto de investigação e não um sujeito de direito, sua culpa era presumida (2010, p.92).

O marco principal deste princípio remonta ao final do século XVIII, com a eclosão da Revolução Francesa, pois neste momento nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Rangel, 2011, p.45).

O artigo 9º da referida declaração consignava que:

“Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Para Rangel o sistema acusatório é a base para começar a tratar o homem com dignidade e respeito a sua liberdade de locomoção (2011, p.45).

O princípio da presunção de inocência previsto inicialmente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ditado pelo pensamento jurídico-liberal, acabou ganhando força e se propagando pelo mundo e em 1948 a Declaração Universal de Direitos do Homem também o proclamava em seu artigo 11.1, dispondo o seguinte:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Neste momento além de consagrar o princípio da presunção de inocência, este dispositivo também aderiu a publicidade do processo, além de dispor sobre o respeito as garantias necessárias a defesa do acusado.

Em 1950 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem mais uma vez consagrava este princípio, estabelecendo em seu art. 6º que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Este princípio também foi consagrado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº226 em 12 de dezembro de 1991, entrando em vigor no Brasil através do Decreto nº592 em 06 de julho de 1992. O artigo 14, item 2 do referido decreto dispõe que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Apesar de ter sido celebrado em 1966 este pacto somente entrou em vigor em 23 de março de 1976.

O Pacto San José da Costa Rica de 1969 também reservou lugar para este princípio no artigo 8º, 1 que assim dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Assim como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Brasil somente aderiu ao Pacto San José da Costa Rica posteriormente, em 25 de setembro de 1992.

No ordenamento pátrio encontra previsão legal no artigo 5º, LVII da Constituição Federal que preceitua “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E no ordenamento infraconstitucional encontra-se previsto no artigo 283 do Código de Processo Penal que estabelece “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Tourinho Filho afirma que o princípio da presunção da inocência representa um coroamento do devido processo legal. Para ele este princípio não deve ser interpretado literalmente, mas sim no sentido de que nenhuma pena deve ser imposta antecipadamente a menos que seja exclusivamente cautelar, sendo permitida somente em duas hipóteses: para preservar a instrução penal e para assegurar a aplicação da lei penal. Afirma que mesmo que haja uma sentença condenatória, se esta não tiver transitado em julgado a prisão provisória ou

a execução provisória da pena só se justificaria caso ficasse comprovado que o réu pretende esquivar-se da aplicação da lei penal.

O princípio da presunção de inocência nada mais é que um direito fundamental, nas sábias palavras “direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela. Direito de não sofrer a punição antecipadamente, esse o real sentido da expressão “presunção de inocência” (Tourinho Filho, 2010, p.99).

Para Nucci o princípio da presunção de inocência possui objetivo primordial de que o ônus da prova cabe a acusação e não a defesa. Afirma que “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”.

O princípio da presunção de inocência visa evitar abusos por parte do Estado, uma vez que cabe a ele o ônus da prova a respeito da culpa do réu. Se o Estado não conseguir provar sua culpa o réu deve ser inocentado. A prisão deve ser decretada como medida excepcional, uma vez que, restringe um direito fundamental previsto na Constituição Federal. O réu durante o processo deve ser tratado como inocente.

Há doutrinadores que defendem que o réu será presumido inocente até a sentença condenatória, aqui podemos citar como exemplo Paulo Rangel. Para ele quando o magistrado condena o acusado ele presume sua culpa, não sua inocência. Sua inocência só seria presumida quando o magistrado o absolve, mas essa presunção seria *juris tantum*, pois admite prova em contrário, uma vez que ainda poderá ser interposto recurso que poderá modificar a decisão de primeiro grau (2011, p.46).

No entanto, a maior parte da doutrina segue entendimento de que o réu não poderá ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado sentença condenatória.

E se não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, não poderá iniciar o cumprimento da pena enquanto estiver pendente recurso, uma vez que a decisão deste recurso poderá mudar a decisão de primeiro grau.

2- A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA DECISÃO DO STF NO HC 126.292

O julgamento do HC 126.292 foi o marco da mudança de posicionamento do STF que a mais de cinco anos, seguia o entendimento de que não seria possível o início da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Streck, 2016).

Segundo essa decisão o réu condenado a uma pena privativa de liberdade poderá iniciar o cumprimento de sua pena a partir da confirmação da sentença condenatória em segunda instância. O relator desse Habeas Corpus foi o ministro Teori Zavaski, seguiram seu voto os ministros, Luis Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Para Teori, após a confirmação da sentença em segunda instância, já seria possível o início da execução da pena, tendo em vista que os Tribunais Superiores não analisariam mais provas e materialidade, uma vez que tal análise já teria se esgotado no segundo grau de jurisdição (Streck, 2016).

Em seu voto Teori afirma que:

“(...) antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a *quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas”.

Para esse respeitável ministro, após o julgamento da apelação ocorre uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, uma vez que nos tribunais superiores somente poderão ser discutidas matéria de direito.

Segundo Teori, após a sentença condenatória não se presume mais a inocência do réu e sim sua culpa. A presunção da inocência estaria superada.

O ministro Luís Roberto Barroso compartilhou do mesmo entendimento do ministro relator desse habeas corpus, afirmou que o que ocorreu foi o fenômeno da mutação constitucional, uma vez que, deu-se nova interpretação a norma constitucional em razão de

um impacto traumático causado pela própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação em 2009.

Para ele a impossibilidade do início da execução da pena após a confirmação da sentença em segunda instância gerou consequências muito negativas para a justiça criminal. Primeiro, porque acabou incentivando a interposição de infundáveis recursos meramente protelatórios, que acarretam considerável gasto de tempo e de recursos escassos do Poder Judiciário. Segundo, por reforçar a seletividade do sistema penal, uma vez que, o benefício de recorrer em liberdade só seria garantido aos mais favorecidos, com condições de arcar com os honorários dos melhores advogados em recursos sucessivos. E em terceiro, por tornar cada vez mais desacreditado perante a sociedade o sistema da justiça penal. Segundo ele:

“É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional”.

Foram votos vencidos neste acórdão, os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Tais ministros foram contrários ao posicionamento do relator.

A ministra Rosa Weber defendeu a manutenção do posicionamento do STF em nome da segurança jurídica, ou seja, para ela a execução da pena só deveria se iniciar após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para o Ministro Marco Aurélio, a mudança de posicionamento esvazia o modelo garantista da Constituição de 1988, que chegou a ser chamada de Constituição Cidadã. Em seu voto reconheceu que a persecução penal é morosa, que o tempo é precioso tanto para o Estado-acusador quanto para o próprio acusado, que a demora na persecução acaba por extinguir a pretensão punitiva do Estado, o que acaba tornando o processo criminal desacreditado perante a sociedade. Mas para ele isso não pode servir como justificativa na mudança de posicionamento, uma vez que, o que se está sendo discutido é o direito de ir e vir de uma pessoa.

E por esse motivo que o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem sofrido críticas por parte da doutrina.

Lenio Streck em um de seus artigos, afirma que a decisão do STF nesse Habeas Corpus é um exemplo de ativismo judicial, uma vez que não há fundamento jurídico constitucional que a sustente. Para ele o STF desrespeitou uma garantia constitucional, “julgou inconstitucional o próprio texto constitucional” (2016).

A norma constitucional disposta no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é clara ao dispor que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Permitir a execução da pena provisória nada mais é que passar a tratar o réu como culpado, uma vez que aqui passa a se permitir que este seja privado de sua liberdade, do seu direito de ir e vir, que após o direito à vida, o direito a liberdade é um dos bens mais importantes que o ser humano tem, senão o mais importante.

O ministro Luiz Fux no seu voto neste mesmo habeas corpus aduz que ocorre a coisa julgada após a confirmação da decisão condenatória em segunda instância, uma vez que a coisa julgada traz a idéia de imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos dela, pois segundo ele nos Tribunais Superiores não será reanalisado a matéria fático-probatória.

No entanto aos Tribunais Superiores caberá a reanálise das matérias de direito. Encontrando alguma ilegalidade poderão declarar a nulidade do processo que retornará ao seu status *quo ante bellum*. Com isso o indivíduo que já teria iniciado o cumprimento da pena deveria ser posto em liberdade, e o tempo que passou recluso não teria como lhe ser devolvido. Além do mais ao chegar nessa fase poderia já ter ocorrido à prescrição da pretensão punitiva.

Não cabe ao Estado fazer com que o réu arque com o ônus da sua demora. O réu não pode ser responsabilizado porque o Estado demora demasiadamente, para julgar os processos e mais ainda para analisar os recursos, por mais que haja um clamor da sociedade por um sistema penal mais eficaz.

Se a própria Constituição, que a Lei Maior garante ao indivíduo a possibilidade de somente ser preso após a sentença condenatória transitar em julgado, não pode o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição dar uma nova interpretação a fim de retirar uma garantia já concedida às pessoas.

As interpretações devem ser realizadas para adequar as normas as mudanças da sociedade, mas para assegurar-lhes direitos e garantias e não retirar aquilo que já fora dado.

Se o trânsito em julgado ocorre somente quando não é possível a interposição de recurso, não cabe ao STF interpretar de forma diversa, relativizando uma garantia constitucional, dando nova interpretação ao que vem a ser o trânsito em julgado.

3- A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ao julgar o HC 126.292/SP o Supremo Tribunal Federal deixou de se pronunciar a respeito do artigo 283 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo não poderia ter simplesmente sido ignorado pelo Supremo nesta decisão. O próprio ministro Teori Zavascki já havia se pronunciado sobre esse assunto quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, em seu voto na Recl.2.645 em que afirmara não se admitir que seja negada aplicação pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”

Ora se não é possível deixar de aplicar um dispositivo sem declará-lo inconstitucional antes, o artigo 283 do Código de Processo Penal continua sendo válido. Até mesmo porque, não teria como entender de forma contrária, uma vez que tal dispositivo de certa forma acaba reproduzindo parte do que se encontra disposto no artigo 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal.

Após a decisão no HC 126.292/SP, que permite a execução provisória da pena, apesar dessa decisão não ter força vinculante, tribunais do Brasil inteiro passaram a decidir conforme a decisão do Supremo. Quando os Tribunais confirmam a decisão condenatória de primeiro grau, já passam a decretar a execução provisória da pena. E foi por esse motivo que o Partido Ecológico Nacional (PEN) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), propuseram as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI 43 e 44). Essas ações tinham como finalidade declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Além de declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, os autores queriam que o Supremo Tribunal Federal suspendesse em sede de medida cautelar todas as decisões que decretaram a execução provisória da pena pelos tribunais de segunda instância.

O relator da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade foi o Ministro Marco Aurélio que votou no sentido de ser declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, concedendo a cautelar pleiteada. No entanto a medida cautelar não poderia ser decidida monocraticamente, deveria ser levada ao pleno do Supremo para que este decidisse por voto da maioria absoluta. (Voto Ministro Marco Aurélio)

Segundo o Ministro Marco Aurélio em seu voto na medida cautelar da ADC43.

“A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão da maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A

exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possam concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável”.

Para o Ministro Marco Aurélio a Constituição é clara quando dispõe que o acusado não poderá ser preso antes de sentença condenatória transitada em julgado, dispensa qualquer outra interpretação a não ser a própria literalidade do texto.

Neste contexto percebem-se mais uma vez que não haveria como declarar o disposto no artigo 283 inconstitucional, uma vez que se encontra em total sintonia com o texto constitucional.

O ministro Edson Fachin, votou pelo indeferimento da medida cautelar, ou seja, para ele não deveria ser suspensas as decisões que permitiram a execução provisória da pena. Segundo ele o artigo 283 do Código de Processo Penal deveria ser interpretado conforme a Constituição.

O voto do Excelentíssimo Ministro Edson Fachin faz menção a várias razões pelas quais acredita que deve ser mantido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para a nova definição de o que vem a ser o princípio da presunção de inocência. No entanto ao fazer uma leitura do voto percebe-se que os motivos que segundo ele fazem com que seja necessária a aplicação da execução provisória da pena, são motivos que simplesmente demonstram a deficiência do Estado em conseguir buscar a condenação do autor do crime de maneira rápida e justa.

É fato que o Estado é moroso, que os processos demoram anos para serem julgados em primeira instância e mais ainda até transitarem em julgado. Só que da mesma forma que de um lado tem-se uma sociedade que busca a punição do autor de um crime, de outro se tem um acusado que não poderá ser responsabilizado pela omissão do Estado.

O ministro Edson Fachin aponta em seu voto diversos casos em que o Brasil foi condenando pela Corte Interamericana, por ser ineficiente na proteção das vítimas de crimes. Mas permitir que alguém seja preso antes do trânsito em julgado, sem que sua prisão seja comprovadamente necessária e depois ter que colocar esse mesmo indivíduo em liberdade porque ocorreu uma nulidade que fez com que o processo iniciasse novamente traz mais insegurança do que confiança.

Não deveria ser a condenação em segunda instância que justificaria a prisão do acusado e sim o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O ministro Luís Roberto Barroso compartilha do mesmo entendimento adotado pelo ministro Edson Fachin. Ele defendeu a legitimidade da execução provisória da pena, visando garantir a efetividade do sistema penal. Aduz que

“a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)”.
(voto Ministro Luís Roberto Barroso ADC 44)

A Ministra Rosa Weber compartilha do mesmo entendimento do Ministro relator da decisão, o ministro Marco Aurélio. Para ela não há como dar interpretação diversa ao dispositivo previsto no artigo 5º, LVII e LXI.

O Ministro Dias Tofoli seguir parcialmente o voto do Ministro relator. Para ele enquanto pendente o julgamento de Recurso Especial, não poderá o acusado sofrer qualquer medida restritiva de liberdade. No entanto, se estiver pendente o julgamento de Recurso Extraordinário este não obstará a execução provisória da pena.

Ricardo Lewandowski ressaltou que o artigo 5º da Constituição Federal é claro e que não há como interpretá-lo de forma diversa do que está escrito. Esse ministro acredita que o cidadão só deverá ser enviado a prisão quando houver motivos necessários para conceder a medida acautelatória.

Por maioria de votos os ministros entenderão que o artigo 283 do Código de Processo Penal encontra-se de acordo com o disposto na Constituição. No entanto como visto alguns entenderão que tal dispositivo ao ser interpretado de acordo com a norma constitucional não impede a execução provisória da pena, enquanto outros seguiram o entendimento que tanto a Constituição quanto o artigo 283 do Código de Processo Penal, não permitem a execução provisória da pena.

4- O POSICIONAMENTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NO HC 135.100/ MG

Ao julgar a Medida Cautelar no HC 135.100/MG o ministro Relator Celso de Melo afastou a aplicação da execução provisória da pena. A decisão que fundamentou a execução provisória da pena foi dada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que se baseou no acórdão prolatado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP (Brasil, 390-391, 2016).

Segundo ele a decisão no HC 126.292/SP não possui eficácia vinculante, portanto não há obrigatoriedade em ser reproduzida em todas as decisões prolatadas pelos Tribunais do país (Brasil, 390-391, 2016).

Além disso, faz importante crítica ao voto do Desembargador Eduardo de Machado, uma vez que este ao prolatar seu voto aduz que o acusado só seria presumidamente inocente até o final da instrução criminal. Segundo o desembargador Eduardo de Machado, após a condenação em segunda instância o acusado não mais seria presumido inocente, a partir da condenação passaria a ser presumidamente culpado.

O Ministro Celso de Mello afirmou em seu relatório que:

“com essa inversão, o acórdão local entendeu suficiente à nulificação da presunção constitucional de inocência a mera prolação, já em primeira instância como evidencia o trecho do voto que venho de reproduzir), de sentença penal condenatória recorrível, em frontal colisão com a cláusula inscrita no inciso LVII do art. 5º de nossa lei fundamental, que erigiu o trânsito em julgado da condenação criminal em fator de legítima descaracterização do postulado do estado de inocência”.

Para o Ministro Celso de Mello ninguém pode perder seu direito fundamental de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O princípio da presunção de inocência é um direito fundamental que independe da gravidade do delito ora imputado ao acusado. Aduz o Ministro Celso de Mello que a presunção de inocência impede qualquer tipo de medida que possa restringir ou afetar a esfera pessoal do indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

E por tal motivo entende que ninguém poderá ser considerado como culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Além da Constituição Federal a Lei de Execuções Penais em seu artigo 105 e 147, também condicionam a execução das penas privativa à existência de uma sentença transitada em julgado.

No caso em questão não existia uma sentença transitada em julgado, tanto que ainda fora possível a interposição de recursos aos tribunais superiores. Se a sentença ainda não

transitara em julgado haveria a impossibilidade de iniciar a execução provisória da pena, ainda que esta fosse apenas uma pena de multa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da presunção de inocência nasce da necessidade de dar garantias aos cidadãos de não serem submetidos ao poder arbitrário do Estado-acusador. O indivíduo passa a ser tratado como inocente desde o início do processo.

É cediço que o para que o processo se inicie basta que haja indícios suficientes da autoria e prova da materialidade. Que o crime de fato ocorreu não resta dúvida, mas o acusado poderá não ser o autor do delito.

A justificativa de que a interposição de recursos infundáveis para retardar o trânsito em julgado da decisão retira a credibilidade da população no sistema penal, não é plausível para a prisão de um acusado antes do trânsito em julgado da sentença.

A Constituição e as leis infraconstitucionais, assim como as normas constitucionais são claras ao dispor que o indivíduo só poderá ser preso após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A nossa Lei Maior é clara e não precisa de qualquer tipo de interpretação. O que o Supremo Tribunal fez ao decidir no Habeas Corpus 126.292/SP não foi reinterpretar o texto constitucional ou realizar o fenômeno chamado de Mutação Constitucional ele simplesmente reescreveu o texto constitucional.

É visível que os processos demoram demais e essa demora acaba fazendo com que a população descredite no sistema penal. Além disso, é claro que somente interpõe recursos nas instâncias superiores aqueles que possuem condições financeiras para arcar com as custas e honorários advocatícios.

No entanto, o problema não se resolve apenas com a mudança de entendimento, permitindo a execução provisória da pena. Essa mudança causa uma insegurança jurídica no ordenamento.

Já existem meios que possibilitam a proteção do ordenamento jurídico frente à sociedade, para isso existe a prisão provisória. Se o réu preencher os requisitos para sua decretação esta deverá ser decretada, caso contrário deverá aguardar o trânsito em julgado da sentença.

A culpa não é do acusado se o processo é moroso, não pode ele ser responsabilizado pela omissão do estado. O que deve ser feito é procurar meios de tornar o processo mais

rápido e eficaz. Pois se o processo tramitasse conforme previsto nas leis não haveria necessidade de se buscar iniciar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado para evitar a prescrição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus nº 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Data do Julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 02 mai 2017.

BRASIL, Deilton Ribeiro. *A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais*. V-15. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2016, p. 390-391.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em 18 de set de 2016.

FONSECA, Adriano Almeida. O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>. Acesso em 18 de set de 2016.

LEITE, Antônio José Maffezoli e MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm>>. Acesso em: 20 set. 2016

LIMA, Jair Antônio Silva de. *A presunção de Inocência: conteúdo histórico e relativismo*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html>>. Acesso em: 20 set 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lênio. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 02 mai 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. 32ed. São Paulo: Saraiva, 2010.