



PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Ana Cecília Marques dos Santos* - anaceciliamarques@outlook.com

Bruna Oliveira Garbiatti** - brugarbiatti@hotmail.com

Eduardo Antônio Pires Munhoz*** - eduardo.munhoz@esamc.br

Márcio Roberto de Castilho Leme**** - marcio@lemezuccari.adv.br

Resumo: O presente artigo tem por escopo abordar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão em segunda instância e o princípio da presunção de inocência. Os autores buscam demonstrar os reflexos da respeitável decisão no mundo jurídico, bem como os impactos para a execução provisória da pena.

Palavras-Chaves: Presunção de Inocência. Prisão. Segunda Instância.

Abstract: The purpose of this article is to address the recent decision of the Federal Supreme Court on the arrest in second instance and the principle of presumption of innocence. The authors seek to demonstrate the reflections of the respectable decision in the juridical world, as well as the impacts for the provisional execution of the sentence.

Keywords: Presumption of Innocence. Prison. Second Instance.

1. Introdução

O Princípio da presunção de inocência resulta de uma luta histórica do indivíduo contra o poder punitivo do Estado, cujo poder era exercido arbitrariamente, uma vez que prevalecia a presunção de culpabilidade do agente. A presunção de inocência garante ao cidadão a manutenção do *status* de inocência até que sobrevenha o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, de modo que, durante o andamento processual, ele não poderá sofrer os efeitos da condenação provisória.

A evolução do Processo Penal e o acolhimento do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico, cujo sistema adota como premissa a separação do julgador do órgão de acusação, garante a equidistância do magistrado das partes e do objeto da ação penal, dando concretude à imparcialidade e à presunção de inocência.

É cediço que há ocasiões em que os indícios de autoria e a materialidade do crime, somados à periculosidade do agente, ensejam à prisão cautelar, que pode ser decretada preventivamente ou temporariamente dependendo do caso concreto, por meio de uma decisão devidamente fundamentada. Afinal, no ordenamento jurídico pátrio, a regra é que o acusado responda ao processo em liberdade, só podendo ser encarcerado com fundamentos concretos e nas hipóteses legais.

Em 2016, no entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou o seu entendimento acerca do princípio da presunção de inocência no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, tornando possível a execução antecipada da pena após a decisão condenatória proferida em segunda instância.

O presente artigo, portanto, pretende de maneira crítica explorar o princípio da presunção da inocência à luz da jurisprudência do STF e propor uma reflexão sobre os argumentos aduzidos pelos Ministros a fim de poder concluir se eles estão hábeis para validar a atual interpretação da Suprema Corte.

2. Da presunção de inocência: aspectos gerais

A liberdade é um dos valores mais caros ao homem, o que dá ensejo à construção de instrumentos jurídicos que garantam o gozo desse direito. Logo no preâmbulo da Carta Magna, os Constituintes demonstraram o desígnio de instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, incluindo a liberdade.

O princípio da presunção da inocência tem íntima relação com o direito à liberdade, posto que a violação ao primeiro prejudica diretamente o segundo. Por isso, o princípio reclama rigorosa atenção e respeito do Estado, já que, além de princípio constitucional, a presunção de inocência é um direito fundamental.

O professor Maurício Zanoide de Moraes sustenta que o princípio da presunção de inocência ostenta “eficácia irradiante”, posto que os seus efeitos devem ser projetados como direito informador do ordenamento jurídico, a partir da elaboração da legislação, a qual deve ter consonância com a Constituição Federal e na aplicação e interpretação realizada pelos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (MORAES, 2010).

Nessa perspectiva, é preciso destacar uma das características inerentes aos direitos fundamentais, qual seja, a historicidade. Afinal, os direitos fundamentais são dotados de caráter histórico-evolutivo, tendo em vista que resultam de avanços jurídico-sociais decorrentes das lutas na defesa de novas liberdades em face dos antigos poderes (MASSON, 2015). Em outras palavras, os direitos fundamentais não surgiram por um acaso e tampouco por generosidade do Estado, mas por força e luta dos indivíduos.

Oportuno, portanto, recordar pequena parcela da história do processo penal. Segundo lição de Ferrajoli, no processo penal medieval, a insuficiência de provas, ao invés de ocasionar a improcedência da pretensão punitiva, era equivalente a uma semiprova e, conseqüentemente, a uma semicondenação a uma pena mais leve (FERRAJOLI, 2002). Ou seja, havia uma inversão dos valores, em que prevalecia o *in dubio pro societate*, em que o indivíduo deveria comprovar a sua inocência, sob a pena de ser condenado e submetido a uma pena por um delito sequer cometido por ele.

Cite-se, ainda, um famoso caso de abuso no processo penal, o processo que ocasionou a pena de morte de Joaquim José da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes. O abuso consiste na submissão de Tiradentes a 11 (onze) interrogatórios. E só após manifestações de insatisfação diante das alegações do acusado é que ele confessou a prática do delito (lesa-majestade), prova suficiente para basear a condenação.

Nesse plano, pode-se considerar incontestável que a inexistência da presunção de inocência provocava uma série de abusos, os quais se tornaram intoleráveis, dando ensejo à mudança de paradigma no processo penal.

No âmbito internacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi o primeiro documento a positivizar o princípio da presunção da inocência, consignado na primeira parte do artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

No entanto, não se pode ignorar que a Segunda Guerra Mundial, além de provocar milhões de mortes e grande destruição, causou reflexão e comoção das autoridades internacionais para o reconhecimento de que “o desprezo pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”, em 1948 foi proclamado pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde restou consignado no artigo 11.1: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a 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.”

O ordenamento jurídico pátrio só foi prever a presunção da inocência com o advento da Constituição Federal de 1988. Após longos anos ditatoriais e de graves violações aos direitos humanos, o Constituinte elencou o princípio no artigo 5º, como um direito fundamental e garantido por cláusula pétrea, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando o princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico pátrio.

Outrossim, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, também previu a garantia em seu artigo 8º, 1 ao dispor que: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

A presunção de inocência é, portanto, uma garantia do indivíduo contra o poder punitivo do Estado, e carrega o preceito de que a culpa deverá ser demonstrada até que não seja possível comprovar o contrário.

Assim, no âmbito processual penal, a culpa deverá ser inequívoca, baseada em fundamentos concretos, eis que a inocência desde o início é presumida (FERRAJOLI, 2002).

Da redação do dispositivo constitucional, observa-se a evolução no tratamento do acusado, isso porque a culpa deixa de ser presumida, e a presunção passa a ser de inocência, ou seja, caberá ao Estado demonstrar elementos de culpa do acusado. Aliás, o *status* de inocente só será alterado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando estão esgotados os recursos cabíveis para a interposição de recurso apto à alteração da decisão judicial.

A espera do trânsito em julgado da sentença condenatória guarda íntima relação com os fundamentos para a interposição de recursos a uma decisão judicial. Isso porque, em ambos os casos, o Direito admite que o julgador possa ter prolatado uma sentença equivocadamente, que o réu tenha direito a ter sua situação revista e, portanto, que o Estado possa decidir de maneira diversa do primeiro pronunciamento.

O julgamento de um crime, muitas vezes, comina na privação da liberdade de locomoção do indivíduo. Frise-se que a liberdade, antes de ser um direito constitucional, é inerente ao indivíduo e, por isso, deve ser privada do homem somente em casos extremos e, principalmente, quando há certeza de que o acusado não é inocente. Afinal, como o Estado pode reparar o dano de uma prisão de um inocente? Por mais que a doutrina e jurisprudência criem mecanismos para balizar a indenização em casos de responsabilidade civil, há de se concordar que a liberdade não tem preço.

É sob esse prisma, portanto, que a presunção de inocência deve ser encarada, como uma proteção essencial ao indivíduo contra o poder punitivo estatal e eventuais abusos decorrentes que podem violar valores caros ao ser humano como a liberdade de locomoção e o gozo de todos os direitos inerentes a uma pessoa livre.

3. Espécies de prisões cautelares

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LXVI, elenca cinco espécies de prisão cautelar: “prisão em flagrante, preventiva, temporária, decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível”.

O artigo 283 do Código de Processo Penal deixa evidente a extrema necessidade para conduzir alguém ao cárcere:

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.

Ora, o Código de Processo Penal em conjunto com a Magna Carta deixa evidente que somente será levado ao cárcere quando for de extrema necessidade para garantir a segurança e a ordem processual. Para a decretação das prisões previstas no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, é necessário agir nas balizas impostas pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

3.1 Da prisão em flagrante

Etiologicamente, a palavra flagrante vem do latim *flagrans*, *flagrantis*, e significa dizer que algo está ardendo em chamas, queimando. Ou seja, flagrante delito é o mesmo que dizer que o criminoso foi surpreendido no momento em que se praticava o ilícito penal.

O artigo 302, do Código de Processo Penal, elenca as hipóteses que são consideradas em situação de flagrante delito quando: “está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

Tal modalidade de prisão é considerada como simples ato administrativo, isto é, o Poder Público está agindo para zelar pela segurança pública da sociedade. Mas quem é

competente para dar voz de prisão? Qualquer um do povo pode dar voz de prisão, por mera faculdade; já as autoridades policiais a devem dar, ou seja, é obrigatório.

Nesse sentido, a prisão em flagrante é dividida em flagrante próprio, impróprio e flagrante presumido. No primeiro, o flagrante próprio ocorre quando o sujeito é pego no momento exato da consumação do delito. Já o flagrante impróprio, conhecido também por “quase flagrante” decorre de ser o sujeito surpreendido logo após a consumação do delito, com a faca na mão, por exemplo. Por último, o flagrante presumido ocorre quando os instrumentos do crime são encontrados em posse do sujeito criminoso.

Existem ainda os flagrantes esperado, retardado e flagrantes em crimes permanentes, sendo que em cada um deles será analisada a conduta da autoridade policial visando coletar maiores informações, ou até mesmo, dependendo do delito, o lapso a ser considerado como flagrante será enquanto perdurar o delito.

3.2 Da prisão preventiva

Trata-se de prisão de caráter processual pelo qual, tanto em fase inquisitiva como em fase de instrução criminal pode ser decretada a prisão preventiva, desde que seja para preservar a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para garantir que a lei penal seja aplicada com eficácia, em inteligência ao artigo 312, do Código de Processo Penal.

Tal prisão processual pode ser decretada de ofício pelo juiz, por requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou até por representação da autoridade policial.

Podemos entender que a decisão definitiva do Juiz é uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo, devendo ser utilizada em casos de extrema necessidade.

Dessa forma, verifica-se que somente será decretada a prisão preventiva quando for imperioso para garantir os objetivos estabelecidos no artigo 302, do Código de Processo Penal, bem como não há em que se falar na gravidade abstrata do delito, muito menos que o encarceramento se faz necessário para evitar a reiteração da conduta. A

subjetividade do ser humano não pode ser mais cruel do que a garantia fundamental da liberdade.

Em casos de patente ilegalidade, como demonstrado acima, o remédio heroico cabível é o *Habeas Corpus*, para que seja concedida a ordem no sentido da liberdade, visto fundamentação inidônea.

Para configurar a necessidade da prisão preventiva, há necessidade de se ter prova de que o crime existiu, indícios suficientes de autoria, ou seja, há grande probabilidade de que aconteceu o delito e de quem foi o autor, conforme prevê o artigo 312, do Código de Processo Penal. Há de se concordar que no mínimo deve haver prova quanto à existência material do crime; sem essa, a prisão pode ser considerada como uma violência e violação das garantias fundamentais do indivíduo.

Dessa forma, para a decretação da prisão preventiva deve-se ter certeza de que o delito foi cometido, ou seja, haver prova da materialidade. Já quanto à autoria, basta a simples probabilidade para a decretação. Num caso exige-se a prova, e no outro, a mera suposição.

Conforme o artigo 311, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, desde que previstos os requisitos do artigo 312, do mesmo diploma. Em sede de fase inquisitiva, poderá ser acolhida a representação da Autoridade Policial ou o requerimento do *parquet*; enquanto na fase instrutória, poderá ser tanto de ofício pelo juiz, quanto por requerimento do Ministério Público.

Destarte, diferente dos pressupostos, há circunstâncias em que pode haver a decretação da prisão preventiva. No artigo 312, do Código de Processo Penal, elencam-se as quatro hipóteses: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração de eventual pena a ser imposta.

Nesse sentido, o Marquês de Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas* explana: “O acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”.

Dessa forma, a prisão preventiva é considerada um meio de prisão processual cabível tanto na fase inquisitorial como na fase de instrução. É importante instrumento

que visa, após cumpridos os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, garantir que o investigado/réu não fuja, não destrua provas, entre outras circunstâncias.

3.3 Da prisão temporária

A prisão temporária tem por objetivo auxiliar as atividades investigativas, para que tanto o *Parquet* como a Autoridade Policial possam coletar o conjunto probatório para solicitar a prisão preventiva do indivíduo.

A Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, elenca um rol taxativo de hipóteses de cabimento da prisão temporária. Ademais, cumpre ressaltar que há prazo previsto para a duração da custódia, de cinco dias para delito de natureza comum e 30 dias para delitos com caráter hediondo, podendo ambos os prazos serem prorrogados por igual período.

3.4 Da prisão decorrente de pronúncia

A sentença de pronúncia é o ato pelo qual o juiz, em fase de cognição de culpa, se pronuncia no sentido de encerrar a primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri. Essa fase possui três possibilidades de decisão do magistrado: a sentença de pronúncia, impronúncia e absolvição sumária.

Se o Magistrado não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, julgará a peça acusatória improcedente. É o que se denomina impronúncia. [...] Poderá também o Juiz proferir sentença absolutória [...]. Se entender que no ato praticado pelo réu está ausente a culpabilidade, ou não foi antijurídico, poderá absolvê-lo sumariamente, desde que, no particular, as provas sejam estremes de dúvida. Poderá o Juiz, também, desclassificar (imprópria ou propriamente) a infração para outra da competência do Júri, ou para outra que não se inclua na sua competência. Na primeira hipótese, limitar-se-á a pronunciar o réu como incurso nas penas do artigo que entender tenha sido violado. (TOURINHO FILHO, 2007).

Nesse sentido, ao proferir sentença de pronúncia já há convicção da materialidade do delito, bem como do indício de autoria. Dessa forma, o artigo 408, do Código de Processo Penal, ao pronunciar o réu, a prisão possuía efeito automático, exceto nos crimes afiançáveis, entre outros, ferindo o princípio da presunção de inocência.

Ocorre que com o advento da Lei n.º 11.689/2008, o procedimento do Tribunal do Júri sofreu sensivelmente diversas alterações, dentre elas a mudança da prisão automática da sentença de pronúncia.

Tal mudança originou o artigo 413, do Código de Processo Penal, que relata a necessidade de motivação ao se decretar a prisão do indivíduo em razão da sentença de pronúncia, deixando, portanto, de ser repercussão do pronunciamento.

Portanto, tal modalidade de prisão deixa de ser regra e passa a ser exceção, visto que o juiz deve agir motivadamente para requerer a decretação da prisão, a sua manutenção ou até mesmo sua revogação, caso em que averigua a inevitabilidade do indivíduo estar em liberdade, de acordo com o artigo 413, §3º, do Código de Processo Penal.

3.5 Prisão decorrente de sentença condenatória passível de recurso

O Código de Processo Penal, em seu artigo 594, defendia que o condenado em primeira instância somente poderia apresentar recurso de apelação caso estivesse preso, isto é, havia um requisito de questão de admissibilidade para a interposição de recurso. Além disso, o condenado tinha a necessidade de estar preso, encarcerado para a apresentação do recurso, com a exceção nos crimes afiançáveis.

Contudo, tal artigo foi revogado pela Lei n.º 11.719/08, afastando a execução antecipada da pena. Nesse sentido, com a revogação do referido artigo foi visualizada a aplicação dos princípios constitucionais, bem como das balizas impostas por eles.

Dessa forma, a prisão deve ser a última medida a ser adotada, visto que fere a liberdade do indivíduo, sendo esse direito primordial para o ser humano, não tendo o Estado o direito de retirá-lo sem imprescindível necessidade.

A esse respeito, a Lei n.º 11.719/08 trouxe a alteração do artigo 387, do Código de Processo Penal para:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

Parágrafo único: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Portanto, a antecipação obrigatória do cumprimento de pena para a interposição de recurso evidenciava o excesso de punição por parte do Estado, em que prefere antecipar o principal efeito da condenação, a prisão, do que esperar o trânsito em julgado para o cumprimento definitivo da pena.

4. A jurisprudência do STF e a possibilidade da prisão em segunda instância

Não obstante a previsão constitucional do princípio da presunção da inocência, os julgados do Supremo Tribunal nunca foram uníssomos quanto ao assunto, uma vez que os Ministros demonstravam entendimentos divergentes. Assim, em pesquisa aos julgados, é possível vislumbrar tanto decisões que violam a disposição constitucional quanto decisões favoráveis ao direito constitucional.

Da leitura de julgados mais antigos do STF, denota-se que a Corte entendia que era legítima a prisão após a condenação em segunda instância mesmo antes do advento da Carta Magna. No voto proferido pela então Ministra Ellen Gracie, no julgamento do *Habeas Corpus* 85.886/RJ em 2005, foi consignado que:

“(...) A jurisprudência desta Corte, de há muito, sempre entendeu perfeitamente legítima essa execução provisória, inclusive após o advento da Constituição de 1988, que constitucionalizou a presunção de não-culpabilidade (...) Basta-me a consideração de que a constitucionalização da regra da presunção da não-culpabilidade em nada alterou a questão. Esse preceito nada mais reflete senão aquilo que é de sabença comum: a culpa não se presume; ela há de resultar provada não pelo acusado, mas pelo órgão da acusação. Nada mais do que isso. De sorte que, sobrevivendo condenação, mantida em segundo grau de jurisdição, e observadas as regras da ampla defesa e do contraditório,

sem qualquer reclamação da defesa, não há mais lugar para um segundo reexame. A fase da análise de provas e fatos e sua ponderação está definitivamente encerrada (...).”

No Recurso Extraordinário 482.006, em que se discutia a constitucionalidade de uma lei do estado de Minas Gerais, que previa a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por serem réus em processo penal em decorrência de suposta prática de crime funcional, o STF entendeu por unanimidade que a legislação ofendia o princípio da presunção de inocência. Nas palavras do relator Ministro Lewandowski:

“(...) a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças em caso de absolvição. (...)”

Em 2009, o princípio da presunção da inocência voltou à tona no Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG. O paciente foi condenado pela prática de tentativa de homicídio duplamente qualificado, pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos/MG, ao cumprimento de pena de sete anos e seis meses de reclusão em regime fechado; o condenado impetrou o *HC* para gozar do direito de recorrer aos tribunais superiores sem se sujeitar à prisão, tendo em vista que o Ministério Público havia requerido a decretação da prisão ao Tribunal de Justiça. A ordem foi concedida pela maioria dos ministros, sendo vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Babosa e Ellen Gracie.

O Ministro Relator Eros Grau compreendeu a importância de condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado, em consonância com a Constituição Federal e com base nos julgados da Corte que só autorizam a execução da pena restritiva de direitos após o trânsito em julgado, ao consignar que:

“Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta a violação do princípio da isonomia. (...) É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.”

O Relator se mantém em defesa da aplicação do princípio da presunção da inocência nos termos da Constituição, aduzindo que a nada se prestaria a Constituição, se o Supremo Tribunal Federal admitisse a execução imediata da pena. Para ele, a prisão do acusado previamente ao trânsito em julgado, só deve ocorrer em decorrência da natureza cautelar; e a ampla defesa não pode deixar de compreender as fases processuais de natureza extraordinária. Nesse sentido:

“A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da pena após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado, de elidir essa pretensão.”

Não se pode deixar de destacar o brilhante pensamento do relator, segundo o qual “A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal”. Ele chama a atenção de que a justificativa de os Tribunais Superiores serem inundados por recursos em razão da vedação à execução antecipada da pena é uma comodidade que não pode amputar garantias constitucionais.

Em contrapartida, é oportuno tecer alguns comentários do voto do Ministro Joaquim Barbosa em defesa à execução antecipada da pena. Segundo o seu entendimento, é necessária a execução provisória posto que considera a legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade, evitando a frustração da condenação exhaustivamente determinada. Suscita ainda que aguardar o trânsito em julgado da decisão pode ensejar a impunidade diante da interposição de muitos recursos que prolongam o trânsito em julgado e acabam provocando o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Nas palavras de Joaquim Barbosa:

“Veja-se que não se trata de relegar à inoperância o princípio da presunção de inocência do acusado, mas se estará a velar pelo cumprimento provisório de provimento condenatório, já exhaustivamente decidido nas instâncias ordinárias. (...)”

Relativamente ao condenado, a execução provisória da pena também é de ser admitida, considerada não a culpa incontestada do réu, mas a existência de decisões judiciais condenatórias, calcadas nos exames dos fatos, que tornam legítima a privação de sua liberdade.”

Quanto à natureza extraordinária dos recursos aos Tribunais Superiores, salientou ainda o eminente Ministro que não há efeito suspensivo, tão somente devolutivo e que nessa fase processual os fatos e provas não podem ser mais discutidos, o que, segundo ele, ilide a possibilidade de cometimento de arbitrariedades.

Não obstante aos fortes argumentos defendidos pelos Ministros vencidos, o julgamento pelo Plenário da Suprema Corte do *HC* 84.078/MG representou uma mudança de paradigma, pois firmou o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não é compatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

O julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, em fevereiro de 2016, estabeleceu o retorno ao velho entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de se admitir a execução provisória da pena. O remédio foi impetrado por um paciente condenado pela prática do crime de roubo circunstanciado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, pleiteando o direito de recorrer em liberdade. A ordem foi denegada por maioria dos votos, sendo vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O Relator Teori Zavaski consignou que o juízo de culpabilidade é construído através das provas produzidas no regime de contraditório no processo penal e definitivamente exaurido em juízo de apelação. Nesse sentido:

“Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. (...) Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei 8.038/1990.”

Ademais, segundo o Relator, os recursos de natureza extraordinária não visam ao exame de justiça ou injustiça das decisões judiciais, mas ao cuidado da higidez do sistema normativo, posto que o Supremo Tribunal Federal só tem autorização para conhecer os

recursos que abordem questões constitucionais que extrapolam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante o contexto concreto.

Citando o voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do *HC* 84.078, Teori Zavaski consigna que garantir a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória tem propiciado a interposição de recursos protelatórios como escopo de causar a prescrição da pretensão punitiva ou executória, concluindo que a interposição de recursos “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representado um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Portanto, para o Relator, o retorno à antiga jurisprudência da Suprema Corte tem como objetivo harmonizar o princípio da presunção da inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Salientou ainda que há possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso, desde que haja plausibilidade jurídica para isso, de modo que mesmo diante da execução antecipada da pena, o condenado não estará desprotegido da tutela jurisdicional quando os seus direitos forem violados.

Seguindo o voto do relator, o Ministro Edson Fachin consignou que o acesso aos Tribunais Superiores tem caráter excepcional e o objetivo do Constituinte não foi conferir ao acusado uma terceira ou quarta chance para revisão de um pronunciamento judicial. Sob essa perspectiva, o Ministro critica a interposição de recursos protelatórios:

“Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.”

O Ministro Luís Roberto Barroso também seguiu o voto do relator e mencionou que o julgamento desse *Habeas Corpus* representa a mutação constitucional decorrente do “impacto traumático da própria realidade de que se criou após a primeira mudança de orientação.” Segundo o ministro, o entendimento firmado em 2009 no sentido de aguardar

o trânsito em julgado trouxe três consequências negativas para a justiça criminal, quais sejam, a interposição de recursos protelatórios, a seletividade do sistema penal e o descrédito da sociedade na justiça penal.

A interposição de recursos protelatórios, amplamente citada pelos Ministros, é considerada por Luís Roberto Barroso como tempo perdido, uma vez que o percentual de recursos providos em favor da defesa é irrisório. A seletividade do sistema penal diz respeito aos réus com poder aquisitivo para contratar advogados que utilizam os instrumentos processuais para elidir a prisão, o que não acontece com os réus mais pobres, posto que a Defensoria Pública não tem estrutura para a interposição de recursos para todos os assistidos. Quanto ao descrédito da sociedade na justiça penal, o ministro aduz que a sensação de impunidade compromete a prevenção especial e geral.

A Ministra Rosa Weber divergiu do relator e votou pela concessão da ordem tendo em vista que no julgamento do *HC* 84.087, o Plenário já havia apreciado o tema com profundidade no sentido de o princípio da presunção da inocência prevalecer até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator. Para ele, a presunção de inocência não condiz mais com o sentimento constitucional e, citando Patrícia Perrone Campos Mello, afirmou que “às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social”. Assim, para Luiz Fux, a presunção de inocência finda a partir da comprovação de culpabilidade do agente em segundo grau de jurisdição.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator, registrando o seu entendimento de que a execução antecipada da pena não afronta ao princípio da não culpabilidade penal, porquanto a fase de provas resta extinta após o duplo grau de jurisdição.

O Ministro Gilmar Mendes também acompanhou o voto do relator. Para embasar o entendimento da possibilidade da antecipação da execução da pena, citou a Lei de Ficha Limpa, recordando que nos casos expressos na lei, após a condenação por órgão colegiado, há a perda do direito de ser eleito, sem ofensa à presunção de não culpabilidade. E do mesmo modo, não há incompatibilidade com o princípio do cumprimento antecipado da pena.

Salienta Gilmar Mendes que o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável, uma vez que o princípio não impõe o mesmo tratamento ao réu durante o processo, de modo que, conforme avança o processo e a demonstração da culpa, a lei pode impor tratamento diferenciado.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a divergência instaurada pela Ministra Rosa Weber. Ciente da morosidade da Justiça e da época de crise, consignou o Ministro que é justamente durante a crise em que os princípios e valores devem ser resguardados, porquanto a sociedade não pode ser surpreendida. Indagando a segurança jurídica, questiona o Ministro:

“(…) Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Para Marco Aurélio, o princípio da presunção da inocência não permite interpretações, porquanto o texto é claro e preciso, de modo que a interpretação diversa pode constituir preceito constitucional diverso. Afinal, como bem observado pelo Ministro, a liberdade não será devolvida ao cidadão cuja sentença condenatória é reformada para absolvê-lo.

O Ministro Celso de Mello, antes de declarar a divergência, consignou o peso histórico da presunção de inocência, uma vez que “representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”. Nesse sentido, aduziu o Ministro:

“Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) -, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.”

Em grande defesa do princípio constitucional, Celso de Mello asseverou que “a repulsa à presunção de inocência mergulha suas raízes em uma visão incompatível com

os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional”. Desse modo, para o Ministro, a presunção de inocência é um direito fundamental que deve prevalecer independentemente da gravidade ou da hediondez do delito, posto que ele considera uma cláusula insuperável de bloqueio à antecipação da pena.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello na divergência para prestigiar o princípio da presunção de inocência. O Ministro chamou a atenção para a ampla proteção do ordenamento jurídico conferida ao patrimônio em comparação à liberdade, porquanto os crimes contra o patrimônio são mais apenados que os crimes de lesão corporal ou contra a honra, consignando que “em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores” e, em contrapartida, o indivíduo preso provisoriamente não gozará de instrumentos para ver restituído o tempo em que esteve encarcerado. Salientou ainda que no Brasil há 600 mil presos, sendo 40% presos provisórios.

Injusta a leitura do alcance do princípio da presunção de inocência. Muito embora a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) limite o princípio da presunção de inocência ao prever a incidência de causa de inelegibilidade ao condenado por determinados crimes em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, a Carta Magna não delimita a aplicação do referido princípio até o segundo grau de condenação.

Outro ponto que merece destaque na decisão do *Habeas Corpus* n.º 162.292 é a utilização do Direito Comparado, no qual a matéria em discussão é aplicada em diversos países. Ora, não é razoável a comparação com o direito americano, francês e, muito menos, alemão, haja vista que o princípio da presunção de inocência, apesar de previsto no ordenamento, não possui o grau de prestígio que possui no ordenamento brasileiro. Veja-se que no ordenamento jurídico pátrio, o referido princípio possui *status* de garantia fundamental, sendo insuscetível de modificação.

Por esse ângulo, a Suprema Corte insistiu em adotar como preceito o fato de que em sede de Recurso Especial ou Extraordinário a matéria fática não está sujeita à revisão,

tornando-se difícil a alteração do julgamento. Incompreensível a declaração da possibilidade de execução antecipada da pena por ser difícil o conhecimento de tais recursos, bem como da modificação da decisão do juízo de piso.

Dessa forma, ao mitigar a aplicação do princípio da presunção de inocência, estaríamos negando a vigência do texto Constitucional, visto que está previsto no artigo 5º, cujo dispositivo é imutável por se tratar de cláusula pétrea. Relativizar a aplicação do princípio por se tratar de mero balizador, não condiz com a realidade da importância dada pelo poder constituinte.

Ademais, nota-se que o encarceramento do indivíduo antes mesmo do trânsito em julgado acarreta o aumento da população carcerária, tanto é assim que 40% da atual população carcerária ainda não tem condenação transitada em julgado. Além disso, a população excedente faz com que o cumprimento de pena seja mais sacrificante, até mesmo torturante, vistas as condições degradantes de um Estado falido em ressocialização, ferindo a dignidade da pessoa humana.

Por fim, o caso demonstra a ponderação de dois institutos, a liberdade e o direito à propriedade. Nesse sentido, devemos trazer a reflexão sobre no que há maior grau de relevância, a de o indivíduo estar livre até a decisão transitar em julgado, ou prendê-lo antes do trânsito para a satisfação da sociedade como um todo, ou seja, para satisfazer os anseios sociais, dando a falsa percepção de efetividade e combate à criminalidade?

Denota-se da leitura da Constituição Federal, sendo claro e uníssono que somente haverá o início do cumprimento de pena após o trânsito em julgado da condenação que reconheceu a ilicitude do fato, bem como a autoria. Veja-se que a antecipação do cumprimento de pena não pode servir como instrumento para dar a sensação de efetividade do Poder Judiciário, haja vista a grave limitação do direito à liberdade experimentada pelo autor da infração.

5. Considerações finais

O princípio da presunção de inocência representa a consagração de uma conquista histórica dos indivíduos contra o Estado. Recebeu *status* de direito constitucional e conferiu ao acusado a garantia de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Infelizmente o indivíduo é mitigado justamente por quem deveria protegê-lo.

O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidenciou a oscilação da Corte no que tange à compreensão da presunção de inocência, porquanto após anos de precedentes dominantes no sentido de permitir a antecipação da execução da pena, o julgamento do HC 84.078 representou uma quebra de paradigma e honrou ao dispositivo constitucional, e anos após retornou aos tempos de violação do princípio da presunção de inocência.

Com a *devida venia*, a postura da Suprema Corte não é digna de elogios. Não obstante a mutação constitucional, a segurança jurídica deve ser preservada e a mudança de interpretação pode ser temerária, principalmente quando precede ano eleitoral e pode influenciar diretamente no andamento das eleições.

Ademais, trata-se de um ativismo jurídico que por si só viola a Constituição Federal, notadamente no que tange à separação dos Poderes. Evidentemente, o Supremo Tribunal Federal deixa de exercer a função de guarda da Constituição para legislar de acordo com o que for mais conveniente e oportuno no momento. Afinal, já há rumores de que em 2019 a prisão em segunda instância possa ser revista, conforme declaração do Ministro Marco Aurélio Mello.

Não resta dúvidas de que a atual interpretação do STF, contida no *Habeas Corpus* nº 126.292 e confirmada no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, representa uma afronta à Constituição Federal, uma vez que o texto constitucional possui clareza cristalina e não dá margem à interpretação contrária. Não se pode esquecer de que, como um direito fundamental, a presunção de inocência é protegida por cláusula pétrea, de modo que não cabe ao legislador a supressão desse direito, e tampouco ao Poder Judiciário.

Em que pesem as justificativas apresentadas pelos Ministros favoráveis à execução antecipada da pena possuírem críticas pertinentes e relevantes, a verdade é que nenhuma tem o condão de frustrar a presunção de inocência. Isso porque a interposição

de recursos faz parte do ordenamento jurídico, cabendo ao réu a faculdade de recorrer de uma decisão ou não; generalizar e desprezar o direito subjetivo do réu à interposição de recursos são semelhantes ao cerceamento de defesa. A morosidade do Poder Judiciário é um ônus que não pode ser imposto ao réu e tampouco justificar a violação da Constituição. As decisões judiciais não podem se sujeitar ao clamor social, de modo que tal justificativa deve ser refutada também, porquanto o magistrado deve seguir à Constituição e às leis, e não aos anseios da população.

O ordenamento jurídico prevê uma série de prisões cautelares, cabendo ao julgador e ao órgão acusatório utilizar desses instrumentos quando há elementos concretos que embasem o cárcere. Desse modo, havendo instrumentos cabíveis para buscar a reforma de uma sentença condenatória e o réu não representando nenhuma ameaça à sociedade, não há fundamentos para furtar do indivíduo o direito de aguardar o trânsito em julgado em liberdade, e violar o princípio de presunção de inocência.

6. Referências

BRASIL, STF – Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO**. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. PACTE.(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS. IMPTE.(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS. Acesso em 08/10/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

FAERMAN, Patrícia. **Prisão em segunda instância será revista pós eleições, admite ministro**. Portal GGN Notícias. Acesso em 02/10/2018. Disponível em <<https://jornalggm.com.br/noticia/prisao-em-segunda-instancia-sera-revista-pos-eleicoes-admite-ministro>>

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. ed. – Editora JusPodivm, 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Acesso em 21/09/2018. Disponível em <<https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1, 16ª. ed. rev. e atual.
– São Paulo: Saraiva, 2015.

*** Ana Cecília Marques dos Santos: é aluna do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**

**** Bruna Oliveira Garbiatti: é aluna do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**

***** Eduardo Antônio Pires Munhoz: é advogado e professor do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**

****** Márcio Roberto de Castilho Leme: é advogado e professor do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**