



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Presunção de inocência no processo penal brasileiro
e a impropriedade da execução da sentença penal
condenatória proferida em segundo grau de
jurisdição**

por

JASMINE LOUISE SOUTO LAVRADOR

ORIENTADOR(A): Victoria-Amália de Barros C. Gozdawa de Sulocki

2017.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

Presunção de inocência no processo penal brasileiro e a impropriedade da execução da sentença penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição

por

JASMINE LOUISE SOUTO LAVRADOR

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR(A): Victoria-Amália de Barros C. Gozdawa de Sulocki

2017.2

Agradecimento

Agradeço primeiramente à família Souto, principalmente nas pessoas de Cid Souto Alves, Rejane Barros Souto, Maria da Paixão Barros, Denise Barros Souto e Marise Barros Souto, por todo apoio, amor e dedicação ofertados à mim em toda minha vida.

Agradeço ao meu querido companheiro, Martim Gonçalves Lima d'Orey, pelo carinho, amor e paciência dedicados à mim. Agradeço, principalmente, o seu apoio neste momento tão árduo, difícil e instável que é o final da graduação.

Agradeço à minha admirável orientadora Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, que tanto me inspira com sua bravura pela defesa dos direitos fundamentais e garantias individuais na luta contra a tsunami do autoritarismo.

Agradeço ao grupo de pesquisa PIBIC Inocências: estudos sobre a presunção de inocência, o qual tive a oportunidade de participar desde a sua criação, e que tanto me ajudou na elaboração do presente trabalho de monografia.

Agradeço aos meus queridos amigos que, assim como minha família, contribuíram, inexoravelmente, para a minha formação como pessoa.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é fazer um apanhado acerca da presunção de inocência, realizando breve resgate histórico sobre o tema, para tratar da aparição dessa garantia no direito brasileiro, e seu desenvolvimento no momento da redemocratização do país com a Constituição de 1988, mostrando como se posiciona a presunção de inocência como um direito fundamental e uma garantia individual, e demonstrar sua instrumentalização no Estado Democrático de Direito. Pretende-se com isso, refinar o debate acerca desta garantia, para realizar uma análise precisa dos principais julgados do STF sobre a presunção de inocência. Com isso, o trabalho buscará refutar os argumentos jurídicos e políticos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na decisão em que passam a autorizar a execução de sentença penal condenatória a partir do segundo grau de jurisdição.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Direitos e garantias fundamentais; Liberdade; Prisão; Supremo Tribunal Federal.

Sumário

Introdução.....	6
1 Presunção de inocência no Brasil	8
1.1 História da Presunção de Inocência	8
1.2 Presunção de Inocência no Código de Processo Penal de 1941 à Lei de Execuções Penais de 1984	14
1.3 Presunção de inocência na Constituição de 1988.....	17
1.4 Direitos fundamentais e Presunção de inocência: o tratamento do acusado no processo penal democrático	22
1.5 A presunção de inocência como instrumento possibilitador do exercício das garantias constitucionais no Processo Penal.	25
1.6 O garantismo como instrumento de combate aos juízos arbitrários no Processo Penal Democrático.	29
2. Os dois marcos jurisprudenciais: julgados do Supremo Tribunal Federal sobre presunção de inocência.....	33
2.1 Habeas Corpus 84.078 Minas Gerais.....	33
2.2 Habeas Corpus 126.292 São Paulo	39
3. A Improcedência dos alegados prejuízos da presunção de inocência ao processo penal: Uma análise acerca da (in)eficácia da antecipação da execução da pena	44
3.1 A alegada ocorrência de mutação constitucional do Art. 5, inc LVII, da CF/88: redução da presunção de inocência à análise fático probatória nas instâncias ordinárias	44
3.2 O descabido argumento da demora jurisdicional e a sensação social de impunidade	48
3.3 Os argumentos acerca dos recursos extraordinário e especial: o efeito suspensivo e o baixo número de recursos providos.....	51
3.4 O ativismo judicial no STF e a busca por soluções às demandas sociais	54
3.5 A ineficácia da prisão como meio de combate à criminalidade	57
3.6 O Caráter irreversível da pena de prisão: uma análise acerca do impacto da nova jurisprudência e o sistema carcerário brasileiro	60

4 Conclusão.....65

5 Bibliografia.....67

Introdução

O princípio da presunção de inocência surge com a necessidade de combater o autoritarismo e a arbitrariedade do Monarca no Estado Absolutista. A total ausência de direitos do acusado autorizavam a aplicação da pena pelo Monarca diante de uma simples dúvida do cometimento de um delito.

O Iluminismo europeu surge para contradizer o papel do Monarca e ressaltar o indivíduo como o único motivador das ações do Estado. O Iluminismo trás o ser humano para o centro do dever-ser do Estado, e com isso surge a necessidade de pensar sobre os direitos individuais e a atuação do *jus puniend* estatal.

No Brasil, o Código de Processo Penal de 1941, surge com um forte conteúdo facista, muito inspirado no Código de Processo Penal fascista, que não prevê em seu texto a presunção de inocência e, autoriza as prisões arbitrárias demonstrando seu caráter autoritário.

Em 1984 surge a Lei de Execuções Penais, que representou para a presunção de inocência um importante marco legislativo. Isso porque, a LEP de 1984 estabelece o marco final do tratamento da presunção de inocência como direito do acusado, e delimita o período de execução da pena. Vejamos:

“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.”

Após um período de mais de 20 anos de Regime Militar Ditatorial no Brasil (1964-1985), a sociedade civil se mobilizou nos movimentos sociais para fazer das “Diretas já!” uma grande campanha que culminou no início da redemocratização do Estado brasileiro.

Em 1985 o primeiro presidente eleito pós ditadura militar trás em sua campanha a importância da criação de uma Constituição Democrática, que deveria ser formulada por uma Assembléia Constituinte formada por diversos seguimentos da sociedade e, em importância, os movimentos sociais organizados.

O trabalho da Assembléia Constituinte culminou na Constituição mais democrática já vista na realidade histórica brasileira. E, a presunção de inocência, claro, não poderia ser deixada de fora neste texto. Foi assim que surgiu o primeiro texto sobre a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 5º, inciso LVII, que diz que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Todavia, a fragilidade de seu texto trouxe um papel muito grande para a doutrina e a jurisprudência brasileira, que tiveram a grande missão de instrumentalizar no processo penal brasileiro, o princípio da presunção de inocência, trazido pela Constituição de 1988, como direito fundamental e garantia individual.

Em 2009 o plenário do Supremo Tribunal Federal é desafiado a se posicionar sobre a execução provisória da sentença penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, e, ao fazê-lo, contribuiu para o debate acerca da aplicabilidade da presunção de inocência, para declarar tal prisão inconstitucional.

Ocorre que, em 2016, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal é desafiado a falar sobre o assunto e, em total contradição com a jurisprudência anterior, declara constitucional a execução provisória da pena.

Diante da grave ameaça ao Estado Democrático de Direitos e, diante do total afastamento da garantia da presunção de inocência como direito do acusado, o presente trabalho cuidará de refutar os argumentos utilizados pelos Ministros no Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Além disso, também será evidenciada a total contradição do Supremo Tribunal Federal em seus posicionamentos acerca do sistema carcerário nacional, demonstrando principalmente, a ineficácia da prisão.

1 Presunção de inocência no Brasil

O presente capítulo tem o objetivo de fazer um resgate histórico acerca do aparecimento da presunção de inocência, o que perpassa o Estado absolutista, para demonstrar como se deu a total ausência de reconhecimento do estado de inocência do acusado, caminhando a fase posterior, o iluminismo, com a eleição do ser humano como sujeito de direitos, até a análise deste postulado através das principais escolas, a Clássica, a positiva, e a técnico-jurídicas.

Com isso, será realizado um apanhado sobre a presunção de inocência no Código de Processo Penal de 1941 e, a Lei de execuções penais, marcos importantíssimos para a jurisdição penal brasileira, que se sobrepõe em relação ao assunto.

A partir disso, a presunção de inocência será tratada através de outro marco legislativo de imensa importância para o processo penal brasileiro, ou até mesmo para todo o ordenamento, a Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII.

Com a análise da carta magna sobre o assunto, será feita uma análise acerca da presunção de inocência no Estado Democrático de direito, passando a estabelecer as formas de tratamento para o acusado, a instrumentalização do tratamento de inocência, o exercício das garantias individuais na persecução penal e, finalmente, o garantismo penal frente ao poder punitivo arbitrário.

1.1 História da Presunção de Inocência

No Estado Absolutista, a prática do delito era interpretada como uma ofensa direta ao Monarca, que, possuindo o direito de punir, não o fazia com o propósito que conhecemos atualmente de prevenção e reprovação da conduta, mas exercia esse poder movido por um sentimento de vingança.

Esse sentimento de vingança dispensava o juízo de formação da culpa do acusado, bastando que houvesse o mero indício de cometimento de delito

para o exercício do direito de punir e a aplicação da pena. Quanto ao juízo de formação da culpa do acusado no Estado Absolutista, trata Foucault:

“A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia-prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado (...) Enfim, a demonstração em matéria penal não obedecia a um sistema dualista: verdadeiro ou falso; mas um princípio da graduação contínua: um grau atingido na demonstração já formava um grau de culpa e implicada consequentemente num grau de punição.”¹

Nesse sistema, era vigente a presunção de culpa do acusado que, em virtude de qualquer tipo de elemento probatório, tinha seu estado de culpa reconhecido. Neste modelo punitivo, observa-se o desequilíbrio entre o *ius puniend* do soberano e o *ius libertatis* do indivíduo, com prevalência do primeiro quando na aparição de qualquer indício de autoria do delito.

Não só em relação ao *ius puniendi* se mostrava desproporcional a ação do soberano no Estado Absolutista. Tanto que, movidos por uma enorme insatisfação em relação à atuação do monarca, o movimento reformista do final do século XVIII trás o ser humano para o centro dos debates e inaugura uma nova corrente filosófica que atua face ao poder repressivo do soberano, o Iluminismo Francês.

O Iluminismo reconhece que o ser humano é detentor da razão, e, em decorrência disso, deve ser a única fonte legítima de poder, modificando o entendimento anterior acerca dos propósitos do Estado, para firmar o entendimento de que o ser humano é o sujeito destinatário de todo o agir do Estado, condicionando suas ações à tutela dos interesses sociais.

Dentre os direitos emanados dessa razão inerente à todos os seres humanos, recebe destaque o direito à liberdade, à preservação dos corpos e da integridade física, e a busca pela felicidade. Nesse contexto, a atuação do *ius puniend* estatal, passou a ser objeto de tutela dos interesses individuais, necessários à manutenção da ordem pública e da paz social, não mais em detrimento dos direitos do indivíduo, mas em proteção aos seus direitos, inclusive o de liberdade.

¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20ª Edição. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 60-61.

Nesse sentido, Mônica Ovinski Camargo²,

“A segurança e a liberdade de todo grupo social são os interesses maiores do soberano, a ponto de justificar a supressão temporária da liberdade do indivíduo que violou a lei, expressão da vontade geral. Ao mesmo tempo percebe-se que a garantia da liberdade é expressamente uma das tarefas do soberano”.

Esse contexto de proteção do indivíduo frente ao poder punitivo, o sistema criminal passou a vigor em consonância com a interpretação do direito penal como *ultima ratio*, sob o entendimento que através deste é que são perpetradas as principais violências estatais contra o indivíduo.

Em consonância com o atual entendimento, foram consolidadas garantias ao homem, a citar o condicionamento da punição à demonstração efetiva da ocorrência do delito e na culpa do indivíduo, e o reconhecimento da presunção de inocência no curso do processo penal.

Sobre essas mudanças, assevera Foucault³,

“A reforma não foi preparada fora do aparato do judiciário e contra todos os seus representantes; foi preparada, e no essencial, de dentro, por um grande número de magistrados e a partir de objetivos que lhes eram comuns e dos conflitos de poder que os opunham uns aos outros.”

Esse movimento de reforma da legislação punitiva se estendeu por toda a Europa, ganhando adeptos em outros lugares, além dos filósofos franceses, como Voltaire, à época. Este entendimento passou a ser defendido pelo Escola Clássica Italiana, que se aprofundou no tratamento da presunção de inocência no processo penal.

Dentre os numerosos dispositivos e Códigos elaborados na Europa para concretizar essas novas garantias na legislação punitiva, merece destaque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em Assembleia Nacional pelos franceses em 1789.

Sobre a presunção de inocência, dispunha o artigo 9 desta declaração, que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se

² CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005. p. 24.

³ FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20ª Edição. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 75-76.

julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.” Este artigo constitui a primeira previsão legal sobre o tratamento da presunção de inocência no processo penal.

A partir disso, o processo penal deixa de ser um instrumento utilizado pelo inquiridor para confirmar aquilo que ele já possuía como verdade. O estado de inocência pressupunha “uma investigação cognitiva na busca dos mais confiáveis meios de prova para evidenciar os fatos no processo.”⁴

Todavia, esta concepção de presunção de inocência trazida pelo Iluminismo da Revolução Francesa, passou a ser alvo de fortes críticas nos séculos seguintes, à destacar a Escola Positiva e a Escola Técnico-Jurídica, ambas Italianas.

Na metade do século XIX, a Europa vivia uma crescente criminalidade e uma crise econômica que ignorava a desigualdade existente entre os indivíduos, que não foram supridos pelos direitos emanados do ideário Iluminista. Isso fez com que, o direito penal visto no Iluminismo como sendo objeto de análise do fato delituoso, modificasse o entendimento para tratar o direito penal agora como uma análise do crime através do delinquente, ou do autor.

O delito passou a ser explicado a partir de um determinismo de ordem biopsicológica e social, que tinha o poder de determinar as ações dos agentes, inclusive para o cometimento de delitos. Os fatores biopsico-sociais determinavam, portanto, o grau de probabilidade de culpa daquele indivíduo que, em virtude de sua atuação anti-social, deveria ser presumidamente culpado a partir da acusação de um delito.

Nesse sentido, Mônica Ovinski Camargo⁵ explica,

“Neste caso, a presunção de inocência inscrita a favor da liberdade do acusado, militaria contra a sociedade e, para os positivistas, acordes com o ideário político do período histórico ao qual pertenciam, os interesses e a proteção da sociedade deveriam sobrepor o indivíduo. A sociedade possuiria o direito de se defender da

⁴ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77-78.

⁵ CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005. p. 38.

periculosidade deste criminoso e este, deveria ser tratado o mais breve possível.”

Ainda que não fosse possível formar, durante a persecução penal, um conteúdo probatório acerca da culpa do acusado, este não era inocentado, com base naquilo que entendemos como *in dubio pro reo*, mas era absolvido por falta de provas. Assim, explica a referida autora⁶:

“Com base nestes casos, o expoente da Escola Positiva pleiteia a possibilidade de admissão de uma sentença que, em vez de declarar a condenação ou a absolvição, afirmasse a dúvida, declarando o não provado, ou absolvido por falta de provas, o que difere da absolvição por reconhecida inocência.”

Diante do determinismo ao qual o acusado era submetido, passada a fase de investigação, com a colheita das provas suficientes para a denúncia, a probabilidade de condenação era superior a de absolvição, o que justificava o tratamento de culpado do réu durante todo o processo.

Nesse raciocínio, a Escola Positiva obrigava o recolhimento do réu à prisão, mesmo que provisória, tendo em vista que possuía uma forte determinação que colocava em risco o convívio social. A prisão era aplicada a partir da condenação, mesmo que recorrível, a prisão era obrigatória em virtude da formação acerca da culpa do acusado. Nesta Escola vigeu o entendimento da presunção de culpa para todos aqueles que eram denunciados pela prática de um delito.

Já a Escola Técnico-jurídica, encabeçada por Vincenzo Manzini e Arturo Rocco, foi ainda mais feroz na negação da presunção de inocência no processo penal. Era defendido que, não seria possível que um procedimento coercitivo em desfavor de alguém, fosse concretizado sem algum indício da culpabilidade do agente. A partir de uma alegação de cometimento de delito sobre uma pessoa, estaria autorizado o afastamento de qualquer tratamento inerente ao estado de inocência.

⁶ id.

Essa escola sustentava que a presunção de inocência guardava uma incompatibilidade com a busca da certeza da culpa, logo, a pessoa acusada deveria ser considerada como não inocente, durante toda a persecução penal.⁷

Assim como a Escola Positiva, para esta escola, os indícios mínimos de autoria e materialidades necessários para o recebimento da denúncia, não eram compatíveis com o estado de inocência e, ainda, não poderia ser considerado culpado, haja vista que ainda não há condenação.

Diante do exposto, fica clara a distinção entre o entendimento da Escola Clássica Italiana que, baseada nos ideários Iluministas, cunhou a presunção de inocência como tratamento dado ao acusado no processo penal; a escola positiva, que entendeu pelo tratamento de presumidamente culpado para o acusado; e a escola Técnico-jurídica que sustentou o tratamento de não culpado para o acusado.

Nessa análise, fica clara falta de distinção entre o tratamento de não culpado e presumidamente culpado, tendo em vista que ambas rechaçam em seu fundamento, o estado de inocência presumido do réu.⁸

⁷ Cesare Beccaria, autor da obra *Dos delitos e das penas*, rechaçava a existência de “meia-culpa”, argumentando que este tratamento seria cruel e inútil. Utilizando-se da teoria do contrato social de Rousseau, Beccaria defendia que todo o indivíduo abdica de uma parcela da sua liberdade ao soberano, afim de viabilizar a vida em sociedade. Em contra-partida, o soberano deve garantir a segurança e o bom convívio social. A pena, então, teria a função de punir aqueles que desrespeitam as normas que viabilizam o convívio social. Porém, a aplicação da pena sofre a limitação do direito de liberdade assegurado no contrato social. Todas as condutas do soberano que excederem os termos desse contrato, configurará abuso. Desse modo, “O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. 1764. p. 10. Fonte digital: www.jahr.org).

⁸ Mônica Ovinski Camargo explica o entendimento atual da doutrina italiana acerca do tema: “Os representantes da doutrina italiana mais recente negam esse triplo status para a pessoa (inocente, acusado e culpado), contrariando a construção doutrinária de Manzini ao afirmar que só há dois status possíveis: ou inocente ou culpado. Todo o acusado só pode ser considerado inocente, já que a acusação criminal não é suficiente para suspender a inocência do acusado e nem as garantias que a acompanham. Examinando mais atentamente as consequências de considerar apenas dois estados para a pessoa, isto significa dizer que a mesma ou é inocente, e tem para si o rol de direito e garantias individuais correspondentes a este estado, ou é culpada, condição que só pode ser impressa ao final do Processo, aliada à respectiva sanção pela culpa aferida, de acordo com o especificado pela sentença final condenatória. O vocábulo acusado se refere tão somente ao indivíduo que está respondendo ao processo-crime. Logo, para a atual doutrina italiana não há distinção jurídica entre inocência presumida e não culpabilidade, que possa ser classificada como impedimento para que o indivíduo esteja assegurado de todos os direitos e garantias individuais durante o processo. Como pronuncia Bellavista, citado por Sznick, “... quando não se é presumível culpado, é presumido inocente” CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005. p. 48.

1.2 Presunção de Inocência no Código de Processo Penal de 1941 à Lei de Execuções Penais de 1984

O atual Código de Processo Penal, promulgado em 1941, quando o Brasil vivia o Estado Novo de Getúlio Vargas e o mundo ainda sofria com os efeitos da 2ª Guerra Mundial, sofreu uma influência dos ideais fascistas italianos e, não fez qualquer menção à presunção de inocência em seu texto. Apesar de ter sofrido diversas mudanças, o Código de Processo Penal não chegou a abarcar a presunção de inocência em nenhuma dessas mudanças.

A falta de previsão acerca desta garantia de tratamento, fez com que o CPP assumisse um posicionamento político-ideológico voltado para a prevalência da consideração de presunção de culpa ou presunção de não culpabilidade, o que pôde ser observado em diversos dispositivos legais.

Nesse contexto, o primeiro dispositivo que merece destaque, é o da redação originária do art 312 do CPP, que previa a prisão preventiva obrigatória: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.”.

Outro dispositivo originário que também confrontava diretamente a presunção de inocência era o art 393, inciso I, do CPP, revogado em 2011: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: (I) ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;”.

No mesmo sentido, o antigo artigo 594 do CPP⁹, obrigava o recolhimento à prisão, caso o réu quisesse apelar: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”

Consoante à esse entendimento, ainda vigora no CPP os artigos 637 e 669:

“Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para execução da sentença.”

⁹ Hoje o referido dispositivo possui a seguinte disposição: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença, ou condenado por crime de que se livre solto.”.

“Art. 669. Só depois de passar em julgado será exequível a sentença, salvo: (I) quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;”

Portanto, segundo esses dispositivos, a condenação penal será executável mesmo que a defesa tenha interposto recurso, que, na esfera ordinária ainda possibilita o afastamento da prisão quando for possível o pagamento de fiança, mas, na esfera dos recursos extraordinários, não há essa exceção.

Visto isso, é possível afirmar que o CPP de 1941 consagra a execução da pena com o mera proferimento de sentença penal condenatória, ainda que passível de modificação. Tal fato demonstra a proximidade do CPP com o entendimento da escola italiana sobre a presunção de culpabilidade do réu durante o processo penal, demonstrando também, o fator fascista que influenciou esse documento.

Em 1948, surge mais um marco da presunção de inocência para o setor universal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela ONU:

“Art. 11.1. 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”.

Os direitos e garantias elencados nesta Declaração foram elaborados com o propósito dos Estados signatários passassem a construir internamente direitos e garantias que fossem inspirados naqueles da Declaração. Tendo em vista que os dispositivos não possuem um caráter vinculativo, tendo em vista se tratar de documento internacional, o propósito dos mesmos era que esses tornassem metas a serem alcançadas pelos Estados.

Esta declaração, cunhada no período pós guerra, fez com que a presunção de inocência deixasse de se basear nos ideários Iluministas do século XVIII, para constar em Tratados sobre Direitos Humanos, elaborados na

modernidade com o objetivo de efetiva-la com o valor universal inerente aos seres humanos.¹⁰

A concretização da presunção de inocência como direito fundamental à condição de pessoa humana foi cunhado também em outros dispositivos internacionais responsáveis por tratar de matérias acerca dos direitos humanos. São eles:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966: “Art. 14.2. Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.”

Pacto de San José da Costa Rica de 1969: “Art. 8.1. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

À época dos referidos tratados, o Brasil vivia a ditadura militar, instaurada em 1964. Tal fato contribuiu para que o Brasil deixasse de consolidar tais garantias, uma vez que o indivíduo numa ditadura não mais é objeto de fim de agir estatal. Esses tratados só foram internalizados na legislação pátria em 1992, através de decretos presidenciais, Decreto 592 e 678 respectivamente.

O desserviço prestado pela ditadura militar em matéria de direitos e garantias individuais, mais especificamente, acerca da presunção de inocência, foi o art 10 do Ato Institucional n.º 5, que suspendeu o direito ao Habeas Corpus: “Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a ordem econômica e social e a economia popular.”.

O fim da Ditadura Militar no Brasil se deu de forma bastante gradual. Embora o período democrático tenha se iniciado em 1985, a retomada dos direitos e das garantias individuais ocorreu, também, de forma lenta e gradual.

Acerca da presunção de inocência, o marco do resgate dessa garantia se deu em 1984, com a entrada em vigor da Lei 7.210, que regulava a execução

¹⁰ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179

penal no Brasil. Este documento foi responsável por rever, como legislação, a garantia da presunção de inocência.

Dentre os dispositivos da referida lei, assumem relevância para a presunção de inocência os seguintes artigos:

“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 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 dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.”

É possível observar que a LEP condicionou à execução da pena, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, no mesmo interím do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, a LEP vedou a execução provisória de sentença condenatória, condicionando a esta o trânsito em julgado. Mais que isso, a LEP adotou o termo final da presunção de inocência para o processo penal brasileiro.

Dito isso, é possível defender que a LEP inovou o ordenamento jurídico pátrio ao estipular, pela primeira vez, um termo final de duração da garantia da presunção de inocência no processo penal. Até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, estaria suspenso, portanto, os efeitos da execução da pena.

1.3 Presunção de inocência na Constituição de 1988

Em 1985 o Brasil se encontrava no processo de democratização após mais de duas décadas de Ditadura do Regime Militar. A campanha das “Diretas já!” trouxe a necessidade de escolher o primeiro presidente de maneira democrática. Foi então que, neste ano, Tancredo Neves é eleito pelo colégio eleitoral, e vence Paulo Maluf com mais de 70% dos votos.

Tancredo Neves elegeu-se entre promessas de redemocratização que resultaram no projeto eleitoral da Aliança Democrática, que, dentre diversos projetos, também previa a elaboração de uma nova Constituição Federal.

A nova Constituição Federal prometida pelo então presidente eleito, seria construída por representantes dos movimentos sociais, eleitos exclusivamente para elaborar a nova constituição, que formariam uma Assembleia Constituinte livre e democrática.

Todavia, não foi Tancredo Neves o presidente que suportou a carga de transição de uma ditadura para a nova democracia. Sem que pelo menos tomar posse do cargo da presidência, Tancredo Neves é internado às pressas e, em março de 1985, seu vice, José Sarney, assume a presidência e se torna o primeiro presidente pós ditadura.

José Sarney, que se mostrou empenhado em levar a cabo o projeto Aliança Democrática, e, ao assumir a presidência, convoca uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, cujo objetivo era reunir pensadores notáveis do direito, para elaborar um anteprojeto que serviria de base para a Assembleia Constituinte. A comissão levou o nome de seu presidente e constitucionalista notável à época, Afonso Arinos de Melo Franco, o anteprojeto Afonso Arinos.

Quando o anteprojeto ficou pronto, ele não foi utilizado como o prometido, e José Sarney deixou que os constituintes elaborassem seu próprio projeto. Porém, cabe ressaltar, que o Anteprojeto Afonso Arinos previu a presunção de inocência no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, como se pode observar: “§7º - Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa”.¹¹

Era de se esperar que a primeira Constituição Brasileira que consolidasse os direitos e garantias fundamentais trouxesse a presunção de inocência em seu capítulo e, previsse em seu dispositivo a ousadia no emprego do termo “presume-se inocente”.

¹¹ CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005. p. 210.

Os direitos fundamentais trouxeram o indivíduo para o centro do ordenamento jurídico, fazendo-o deste o objetivo final de todo o agir do Estado, que, em suas ações, se vê limitado pelas normas de direitos fundamentais que possuem essa competência negativa em relação à atuação estatal.

A Assembleia Constituinte também previu a presunção de inocência, mas, agora, seu dispositivo enseja um debate sobre a intenção do constituinte ao dizer “ninguém será considerado culpado” em contraposição ao antigo projeto que previu que “presume-se inocente todo o acusado”, vejamos:

Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Esse termo gerou muita controvérsia doutrinária, e chegou-se a defender que a Constituição atual guardava grande relação com a Escola Técnico-jurídica Italiana, que dispunha a presunção de não culpabilidade.

Contudo, essa dúvida acerca da disposição da presunção de inocência e seu significado, não deve prosperar, conforme melhor doutrina, que pode ser explicitada pela obra de Gustavo Badaró e Aury Lopes Jr.¹²:

“afirmar que a Constituição recepcionou apenas a ‘presunção de não culpabilidade’ é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio ‘pré-presunção de inocência’ não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela base democrática da Constituição.”.

Independente de como o constituinte originário tenha previsto a presunção de inocência, ela, enquanto garantia fundamental, deve ser utilizada em prol do indivíduo indiciado, afim de que seja garantir os exercício de todos os direitos e garantias inerentes à ele, durante toda a persecução penal.

Ou seja, toda pessoa investigada, indiciada ou acusada, deve ter seu direito de ser tratado como inocente, pois este é o meio possibilitador do exercício das demais garantias e direitos já que protege o direito de liberdade do cidadão, durante todo o processo penal. Não há o que se falar em exercício do direito do contraditório e da ampla defesa se o indivíduo tem retirado de si sua maior potência defensiva, o exercício da liberdade.

¹² LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 09.

Em virtude da sua grande importância para o processo penal, os doutrinadores observam a presunção de inocência sobre 3 aspectos, como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento.¹³

A presunção de inocência como norma probatória, trás a necessidade de que a prova utilizada nos autos seja colhida de forma lícita, ou seja, respeitando as regras para a colheita daquele tipo de prova. A necessidade de utilização de prova lícita é um direito do acusado assegurado na constituição, no artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”.

Além disso, esta prova deve conter um conteúdo realmente incriminatório, ou seja, não basta que os requisitos de autoria e materialidade necessários ao recebimento da denúncia, estejam presentes para que, ao final do processo, se condene com base naqueles. Assim, os elementos que constituem mero indício ou informação, assim como, as provas que não forem reproduzidas em fase processual, não são capazes que embasar uma decisão condenatória e, diante disso, o julgador deve decidir pelo princípio do *in dubio pro reo*: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.”.

Como norma de juízo, a presunção de inocência trás a necessidade de que o julgador baseie sua decisão em provas produzidas em juízo, que possuam um conteúdo lícito e incriminador que tragam um juízo de certeza da autoria e materialidade, necessário para converter o estado de inocência para um estado de culpa do réu. Por isso, a condenação deve ser embasada e deve indicar as provas nas quais aquele juízo de certeza de culpa foi baseado, o que também poderá proporcionar ao réu uma convicção no exercício do contraditório sobre aquela decisão condenatória.

A presunção de inocência assume sua maior importância como norma de tratamento do acusado/investigado, possuindo maior relevância diante das demais garantias, por tutelar o bem maior do indivíduo, a liberdade. Ao prever

¹³ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 08;

que “ninguém será considerado”, o dispositivo imperativamente descreve como o sujeito não deve ser tratado durante a persecução penal.

Também, em decorrência desse tratamento, é vedado que será retirado do réu o direito à liberdade em momento ante o marco final de duração deste tratamento, o trânsito em julgado. Primeiramente porque, não é possível consolidar o direito de defesa frente a extirpação da liberdade do maior interessado na ação penal; e segundo, porque não é possível que o Estado exerça seu direito de punir o acusado que não tem sua condenação confirmada com o trânsito em julgado. Isso porque, a existência da possibilidade de reversão daquela condenação, impossibilita que a execução de inicie. Este tratamento é, portanto, uma limitação aos efeitos da sentença penal condenatória, que, só produzirá seus interesses, após o trânsito em julgado, tal como disposto também na Lei de Execuções Penais.

Nesse sentido, Gustavo Badaró e Aury Lopes Jr.¹⁴ afirmam que:

“A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. O estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.”.

No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam¹⁵ assenta que:

“o réu na ação penal condenatória há de ser tratado como inocente, até que se opere o trânsito em julgado de eventual pronunciado condenatório, sua situação jurídica, durante todo o curso do processo, sendo a de inocente. Esta situação de inocência, construída pela norma constitucional e reconhecida a todos os indivíduos – e, por tal razão, identificando-se a uma presunção –, só poderá, assim, se desfazer através do pronunciamento jurisdicional irrecurável, em que, tendo sido observados os ditames da cláusula fundamento do devido processo legal, vier a ser firmada a prática da conduta punível e imposta a pena”

O artigo 5º, inciso LVII, da CRFB88, assegura à presunção de inocência o seu tratamento como norma de direito fundamental que, como todas as outras, é considerada com direito individual e, por isso, não pode ser reduzido ou modificado, obedecendo às suas características como cláusula pétrea. E como norma de cunho fundamental, qualquer decisão que vá de encontro com seus

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 08.

¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*. Revista de Estudos Criminais. n. 11, v. 3. 2003. p. 166

interesses, deve ser entendida contra a própria constituição, e, por isso, inconstitucional.

1.4 Direitos fundamentais e Presunção de inocência: o tratamento do acusado no processo penal democrático

Para analisar a incidência e instrumentalização da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro, é necessário estabelecermos com exatidão, o modelo de Processo Penal adotado.

Evidente que o processo assume características culturais e políticas dentro das realidades jurídicas a que se inserem. Todavia, as discussões doutrinárias ocidentais acerca do processo penal de forma geral, dividiram-se entre o modelo inquisitorial e o modelo acusatório.

Mônica Ovinski, parafraseando Giuseppe Bettiol, explica, de maneira sucinta, o modelo inquisitorial:

“O Processo Penal do tipo inquisitório tem como marca distintiva o fato de não prever separação entre a função de acusação e de julgamento. Ou seja, é atribuição do mesmo órgão verificar a existência de crime e indícios sobre sua autoria, acusando um suposto culpado, para com base nestes dados realizar o julgamento. O juiz é o acusador, ele compõe a relação processual ao lado do indivíduo, recolhendo provas, indicando testemunhas e formulando a imputação contra o acusado. Por cumular as duas tarefas, o juiz se reveste de um poder superior, que o coloca em posição de total superioridade frente ao indivíduo, submetido aos atos de julgamento, já que este, para se defender terá que se dirigir ao seu acusador.”¹⁶

Ou seja, o indivíduo no Processo Penal Inquisitorial assume um papel de “fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, mediante tortura, para obter a confissão *ex ore rei*.”¹⁷

Em contrapartida, o sistema acusatório é estruturado na atuação do autor, réu, defesa e juiz, que, inseridos na lógica processual, cumprem os papéis de acusar e defender, possuindo instrumentos e direitos que possibilitem a efetivação de sua posição, frente ao terceiro sujeito, que atua de forma imparcial perante os dois primeiros, com o propósito de julgar.

¹⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. *O Estado e O Indivíduo: O Conflito Entre Punir E Libertar - História Da Presunção De Inocência No Brasil (1948-2000)*. Dissertação de mestrado 2001. p.57

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 07.

Carrara foi o pioneiro a tentar instrumentalizar a presunção de inocência no Processo Penal. O autor, visando a proteção do *jus libertatis* do acusado frente ao excessivo *jus puniend* estatal, defendeu que os direitos e garantias fundamentais deveriam prevalecer frente ao direito de punir do Estado.

Para o referido autor, sempre que a sociedade e a ordem interna do Estado possuírem mais importância que o indivíduo, a presunção de inocência não terá espaço, por uma questão lógica de incoerência com os propósitos políticos desse sistema processual.

A garantia da presunção de inocência surge nos diplomas internacionais anteriores à Constituição de 1988, positivada como forma de tratamento do indivíduo acusado de um delito, até que seja confirmada sua condenação.¹⁸

O sujeito acusado de cometer um ilícito penal, segundo tais diplomas internacionais, deve ser tratado como inocente até o último ato processual, só podendo ser considerado culpado, em caso de sentença condenatória autorizadora da satisfação da pretensão punitiva do Estado, frente ao direito do réu de se ver livre.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró¹⁹, asseguram:

“A “presunção” de inocência, sob o aspecto de regra de tratamento do acusado, significa que uma pessoa que seja presumido inocente e, portanto, goze do *status* de inocente, não pode receber um tratamento, equivalente ao de quem já foi condenado.”

Em consonância com o entendimento de Maria Lúcia Karam²⁰, que entende que as regras de tratamento são, normas de dever-ser, “o indivíduo deve ser considerado inocente durante o processo penal por opção política do legislador”

¹⁸ Tal entendimento pode ser encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 9; Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XI.1 e; no Pacto San Jose da Costa Rica, art 8.1.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 07.

²⁰ KARAM, Maria Lucia. p. 95. Disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

Para além da regra de tratamento, a presunção de inocência deve ser interpretada durante o processo como regra de juízo ou regra para julgamento, como assevera a referida autora²¹.

Tal regra surge durante o processo quando, na dúvida acerca da culpabilidade, tipicidade, ilicitude ou a insuficiência de provas de autoria e materialidade, o réu deve ser absolvido. Este entendimento é positivado no art. 386, inc. VII, CPP, e é conhecido como o corolário da regra *in dubio pro reo*, critério de solução da dúvida no processo penal.

O princípio da presunção de inocência é, portanto, nas palavras de Pisani²², um “pressuposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale”. Esta forma de tratamento do sujeito acusado garante que, de fato, os agentes do processo de modelo acusatório tenham paridade de possibilidades e possam exercer de forma plena seus papéis perante o julgador imparcial.

Todavia, a proteção dos direitos e da liberdade individual frente ao excessivo poder repressivo estatal não foi adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, que, promulgado em 1941, nasce na era do Estado Novo, em pleno exercício do governo ditatorial de Getúlio Vargas. Esse diploma teve forte influência do famoso “Rocco”, Código de Processo Penal Italiano de cunho fascista, instituído por Mussolini em 1930.

Tal fato teve por consequência um fortíssimo grau de autoritarismo no Código de Processo Penal Brasileiro, que permeou a realidade do país durante os anos que sucederam, trazendo prejuízos que abalam ainda hoje, as tentativas de constitucionalização do direito processual penal.

Porém, após mais de quarenta décadas de processo penal contaminado de autoritarismo, em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil inaugura uma nova ordem constitucional que, influenciada por movimentos neoconstitucionalistas, passou a ser o centro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo força normativa sobre todo ele.

²¹ KARAM, Maria Lucia. p. 96. Disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

²² PASINI, Mario. *Sulla presunzione de non colpevolezza*. Il Foro Penale, 1965,p.3.

A Constituição de 1988, chamada de constituição cidadã, restaurou o período democrático no país, e instituiu princípios e regras em seu texto, que possuem mesma força normativa. Tanto assim que, em seu primeiro dispositivo, a Carta Magna estabelece que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, que, em seus fundamentos abarca o princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Isto é, o Estado passou a assumir a dignidade da pessoa humana como pressuposto intrínseco à vida humana e, em virtude disso, a necessidade da proteção desta, afim de possibilitar a concretização de um Estado Democrático de direito. Essas prerrogativas são definidas no ordenamentos constitucional como direitos e garantias fundamentais privativas do cidadão, com previsão expressa e implícita no texto constitucional.

Se a constituição elege o indivíduo como sujeito de direitos, que são intrínsecos ao ser humano e, que a prerrogativa do Estado Democrático de direito perpassa pela necessidade de observação destes direitos, ao ser colocada no centro do aparato legal, fez-se necessário que todas as normas constitucionais se adequassem, tornando-se compatíveis. Esse processo de adequação denominou-se constitucionalização.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em relação ao significado dos direitos fundamentais, definem que a palavra direito "...serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição." Já o adjetivo fundamental enfatiza o fato de ser intrínseco à raça humana, devendo ser respeitado por todos e pelo Estado, enquanto que a finalidade é precípua das garantias é assegurar que eles ocorram na prática.²³

O Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito não só cumpre o papel de instrumentalização do Direito Penal, mas, assim como todos os ramos do direitos, a partir da Constituição de 1988, passou a ser também um instrumento de legitimação dos direitos fundamentais, de forma a delimitar o poder coercitivo estatal por meio das garantias. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior define o processo penal como "instrumento de efetivação das garantias constitucionais."

1.5 A presunção de inocência como instrumento possibilitador do exercício das garantias constitucionais no Processo Penal.

²³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 58.

Maria Lúcia Karam²⁴, citando Ferrajoli, defende que “a presunção de inocência é requerida pelo princípio da jurisdicionalidade, deve-se entender que tal princípio, no seu sentido estrito, é inerente ao que denominamos “devido processo legal”.

Acerca do papel do poder jurisdicional, a autora defende que este se assenta no interesse público ao justo processo legal, no qual o confronto entre poder punitivo estatal e o direito à liberdade do acusado seja feito em termos de equilíbrio, nesse sentido:

“Significa dizer que a jurisdição penal tem como fonte de legitimação, além da liberdade e da verdade processual, a igualdade: a atividade judiciária estatal será legítima na medida em que busque “superar, no processo e através dele, a igualdade meramente jurídica, típica do liberalismo, para postular, em seu lugar, garantias efetivas e acessíveis para todos”.²⁵

Então, o processo não é apenas um instrumento técnico para o cumprimento dos preceitos jurídicos substanciais, “mas sobretudo um instrumento ético de participação política, de afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens.”²⁶ O processo é, ao mesmo tempo, instrumento de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais.

Ainda, sobre o papel da garantia da presunção de inocência no exercício da jurisdição, acrescenta a autora, que²⁷:

(...) O Estado ocupa uma posição de proeminência na persecução penal, respondendo em regra pelas funções acusatórias e também pela atuação jurisdicional, ainda que no sistema acusatório, as funções de acusar e de julgar sejam atribuídas a órgãos distintos. Assim, verifica-se que no processo penal uma dupla desigualdade: o suspeito, indiciado ou acusado, além de pertencer geralmente a uma classe social economicamente desfavorecida e marginalizada, encontra-se também sujeito a um modelo de processo penal que muitas vezes favorece a acusação em detrimento da defesa. O processo penal justo deve atentar para essa dupla desigualdade, e buscar em todo o seu desenrolar a “igualdade de armas” entre a acusação e a defesa... (...) o princípio da presunção de inocência, previsto no art 5º, inc. LVII da Constituição brasileira de 1988, ocupa lugar central no processo penal justo, na medida em que é a partir de sua consolidação como regra de juízo e como regra de tratamento do imputado durante toda a persecução penal, que a igualdade de armas poderá ser alcançada.”

²⁴ KARAM, Maria Lucia. p. 96 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁵ Id.

²⁶ id.

²⁷ KARAM, Maria Lucia. p. 83 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

A desigualdade no processo penal se faz latente especialmente na procura da prova e nas medidas cautelares coercitivas. É de suma importância compreender que a liberdade durante a persecução penal se faz necessária como garantia de defesa plena, já que sem ela, perde-se qualquer perspectiva de igualdade entre acusação e defesa.²⁸

Maria Lúcia Karam²⁹ explica que, na busca pelo processo democrático, a Constituição de 1988 consagrou o “devido processo legal” elegendo garantias que assumem o papel de romper com a desigualdade.

Para além do postulado da presunção de inocência, positivado no art. 5, inc. LVII da Constituição brasileira, o processo penal pressente a garantia do contraditório, da ampla defesa, esta condicionada a concessão de oportunidade de autodefesa pelo réu e efetiva participação de defesa técnica. Essas garantias, em particular, possuem mais intimidade com a presunção de inocência, a partir do momento que concedem à defesa, a oportunidade de estar em paridade de armas durante a persecução penal.

A garantia do contraditório, consoante Ada Pellegrini Grinover³⁰, é resultado da nova concepção de relação processual, que tem por fim a igualdade de armas entre as partes.

“Entende-se modernamente, por “par condicio” ou igualdade de armas, o princípio de equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas, como o são, no processo penal, as dos ofícios de acusação e defesa.”

Segundo Maria Lúcia Karam³¹, a ampla defesa consiste na possibilidade de resistir adequadamente às acusações colocadas contra o réu. Isso significa dizer que, sem a adequada resistência à acusação, não há possibilidades de se chegar a um contraditório efetivo, logo, não basta que exista uma pessoa exercendo o papel de defensor para que se cumpra o “devido processo legal”.

²⁸ COSTA, Paula Bejer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 06. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p.10.

²⁹ KARAM, Maria Lucia. p. 96 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.7

³¹ KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Presunção de Inocência e Direito À Defesa* - Vol. 5 - Col. Escritos Sobre a Liberdade, Lumen Juris, 2009, p. 50.

Se a ampla defesa pressupõe uma defesa técnica efetiva e a possibilidade de autodefesa, o “devido processo legal” hoje, está em total dissonância com a realidade do acusado preso, que, por não possuir advogado, faz jus à assistência de uma defensoria pública que não possui aparato suficiente para suprir as necessidades do enorme número de acusados de cometimento de um delito.

A maioria esmagadora dos presos provisórios hoje no Brasil é de pessoas de classes sociais mais baixas e que necessitam da assistência da Defensoria Pública, que, ao mesmo tempo, não possui as possibilidades necessárias para efetuar uma defesa técnica eficaz, tendo em vista que a quantidade de processos sob seus cuidados.

E, ainda, a possibilidade do exercício da autodefesa está gradativamente mais abalada pelo fato desses acusados estarem, na maior parte das vezes, impossibilitados de exercer a sua liberdade. Ou seja, apesar da eleição de um “devido processo legal” para o exercício do processo penal democrático pela CF/88, o estudo empírico deste se mostra contrário aos ditames legais.

Isto posto, percebe-se que o constituinte, ao eleger a presunção de inocência em seu texto, optou por ser garantidor do direito de liberdade do indivíduo, tutelando previamente este direito do imputado, contra a arbitrariedade da justiça estatal. Assim fazendo, opta por eleger uma jurisdição penal baseada na liberdade, que, segundo Maria Lúcia Karam³², “significa fundamentalmente optar também pela regra de presunção de inocência do imputado como princípio político.”

Ao consagrar a presunção de inocência como prerrogativa de tratamento, a constituição marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal. A preservação dos direitos fundamentais assumem importância frente ao poder punitivo estatal que, só poderá exercer tal prerrogativa, após o esgotamento do “devido processo legal”.

Portanto, o interesse público no processo penal democrático é que sua eficácia esteja condicionada à satisfação dos direitos e garantias individuais, na

³² id.

busca ao justo processo penal, garantidor dos direitos intrínsecos à dignidade humana, frente a qualquer interferência de cunho inibitório, seja estatal, através da arbitrariedade do poder punitivo, seja social, através do clamor pela vingança popular.

1.6 O garantismo como instrumento de combate aos juízos arbitrários no Processo Penal Democrático.

Canotilho assegura que: “para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”.³³

A redemocratização a partir da Constituição de 88, fez com que todo o ordenamento jurídico pátrio fosse readequado ao atual modelo de Estado. Em matéria penal e processual penal, esta readequação ocorreu intensamente na medida em que foi estabelecido por esta carta, direitos e garantias individuais indispensáveis ao indivíduo e vinculados atuação das estatal.

Ao contrário do modelo inquisitorial decisionista, onde os fins justificam os meios na busca por uma verdade “que não sujeita limites e condições para a sua determinação”³⁴, o Direito Penal e Processual Penal democrático pressupõe um modelo cognoscitivo ou garantista orientado pela opção político-criminal de direito penal mínimo, refletidos em legalidade e jurisdicionariedade em matéria penal.

O modelo garantista em matéria penal tem como pressuposto o princípio da legalidade, composto de garantias como a “retributividade, materialidade, lesividade, culpabilidade, entre outros, necessários para garantir juízos não arbitrários.”³⁵

O modelo processual penal garantista é informado pelo princípio da jurisdicionariedade, que pode ser entendido em sentido lato ou em sentido

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.92.

³⁴ KARAM, Maria Lucia. p. 79 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

³⁵ KARAM, Maria Lucia. p. 77 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

estrito.³⁶ A jurisdicioriedade em sentido lato vincula “a responsabilidade penal à existência de um processo judicial”³⁷, que, assim como qualquer espécie de juízo, compreende garantias como a imparcialidade do juiz e o juiz natural, que, no processo penal, segundo Maria Lúcia Karam, “Significa que o magistrado deverá julgar e atuar de uma maneira geral, de forma neutra, a partir de conhecimento probatório válido obtido através do processo contraditório e em respeito às suas regras, e também que está obrigado a ser um intérprete crítico da legalidade aplicável ao caso concreto.”³⁸

A jurisdicioriedade estrita define o modelo cognoscitivo do juízo³⁹, compreendido através das garantias processuais do ônus da prova pela acusação, do contraditório, da publicidade e da motivação dos atos judiciais, da ampla defesa e etc.

Segundo Ferrajoli, num Estado democrático de direito, os atos jurisdicioriais em matéria penal devem ser legitimados pelos valores de liberdade e verdade. O modelo processual cognoscitivo ou de estrita jurisdicioriedade é orientado pela busca de uma verdade processual relativa, empírica e condicionada à observância das garantias penais e processuais penais.

Para o autor, as duas fontes de legitimação da jurisdição penal, a verdade do juízo e a liberdade do inocente, estão vinculadas no processo penal garantista, já que seu caráter cognoscitivo possibilita o exercício do direito de liberdade, protegido contra o arbítrio e o abuso de poder; e, porque a jurisdição baseada no conhecimento e verificação, não julga o imputado pelo que ele é, através da análise de sua personalidade ou modo de viver, mas sim pela verdade do que ele fez, de sua conduta.

Nas palavras do professor Geraldo Prado,

“A legitimidade da atividade jurisdiciorial está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida que sejam assegurados os direitos e garantias

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, editora Revista dos Tribunais, 202, p. 538.

³⁷ KARAM, Maria Lucia. p. 78 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

³⁸ KARAM, Maria Lucia. p. 79 disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, editora Revista dos Tribunais, 202, p. 540.

fundamentais, permitindo que a acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento”.⁴⁰

A verdade processual, de acordo com Ferrajoli, permite a preservação dos direitos das minorias desviadas, à quem é imputado a prática de um delito, face à opressão da maioria não-desviada, protegendo a liberdade e determinando que aquele seja absolvido, mesmo contra a “vontade geral”. Cabe, portanto, à atividade jurisdicional, prevenir a violência arbitrária na resposta à conduta delituosa, tutelando também o direito do imputado que, neste caso, é parte mais frágil frente ao poder punitivo estatal.

A Constituição de 88 reconheceu a discrepância de forças processuais dentro da lógica penal, e, afim de possibilitar condições favoráveis ao exercício de defesa, impôs à atividade jurisdicional um tratamento específico a ser dado ao acusado no processo penal, que é o de inocente, ou não culpado, até que sejam esgotadas todas as fases processuais.

Sob a ótica de Ferrajoli, a liberdade do acusado encontra-se tutelada no artigo 5º, inciso LVII, da CF88, face ao direito de punir do Estado que, condicionado à este, deve atuar durante toda a persecução penal, em conformidade com este direito do acusado.

Apesar de estar expressamente previsto na Constituição de 88 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o Supremo Tribunal Federal por duas vezes colocou em cheque a aplicabilidade desta garantia.

Na primeira vez, em 2009, o plenário entendeu que nenhuma decisão condenatória que não a definitiva, é capaz de flexibilizar o direito do acusado à liberdade, conforme disposto no referido dispositivo. Todavia, sete anos após esta decisão, o STF se reuniu pelo mesmo motivo anterior e, ao contrário do entendimento firmado em 2009, entendeu pela flexibilização do direito à liberdade do acusado quando, em segundo grau de jurisdição, for confirmada sua condenação.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen juis, 2005, p. 36.

Diante da imensa importância desses julgados para o Processo Penal e para o direito à liberdade garantido pela Constituição de 88, é imprescindível para este trabalho a análise das duas decisões, e é o que será feito no capítulo seguinte.

2. Os dois marcos jurisprudenciais: julgados do Supremos Tribunal Federal sobre presunção de inocência.

Em fevereiro de 2009, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus 84.078, se reúne com o objetivo de analisar a possibilidade de execução de sentença penal condenatória, enquanto houver pendentes a análise de recurso especial ou extraordinários interpostos.

O Supremo Tribunal Federal, após significativa discussão acerca do direito fundamental da presunção de inocência, decide pela inconstitucionalidade da execução de sentença penal condenatória enquanto não houver a satisfação de sua interrupção com o trânsito em julgado.

Contudo, em 2016, o plenário do STF se reúne novamente em sede de Habeas Corpus para decidir acerca do mesmo tema. Após decisão condenatória, a defesa recorre sozinha ao TJSP e tem seu recurso desprovido e seu mandado de prisão expedido. Com essa decisão, a defesa impetra Habeas Corpus no STJ que, liminarmente, denegou a ordem. Tanta foi a coação a que submeteram o réu que a defesa, provavelmente por temer a demora na análise de recurso ordinário constitucional, impetra Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal, afim de que fosse cessada a coação contra o paciente.

Em dissonância completa com a decisão proferida pelo mesmo tribunal em 2009, em 2016 o STF entende pela constitucionalidade da execução antecipada de sentença penal condenatória, mesmo diante da existência de recursos pendentes e, da possibilidade da reversão da condenação proferida.

Tendo em vista a grande importância desses julgados para a jurisprudência brasileira acerca do tema em voga, as explicações a seguir tratarão de analisar os votos dos ministros.

2.1 Habeas Corpus 84.078 Minas Gerais

O paciente do presente Habeas Corpus, foi condenado pela prática de homicídio tentado qualificado, após recurso de apelação do Ministério Público,

para que fosse submetido pela segunda vez à julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri. A defesa interpôs recurso de apelação, sendo parcialmente provido para modificar o regime inicial de cumprimento de pena de totalmente fechado, para parcialmente fechado.

Deste acórdão, a defesa interpôs recurso especial e recurso extraordinário. O desembargador presidente do TJMG admitiu o recurso, e decretou a prisão preventiva do recorrente, fundado na possível fuga do condenado e, ainda, na executabilidade da sentença penal contra a qual foi interposto o recurso.

Face à esta decretação de prisão, foi interposto Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, sendo denegada a ordem por unanimidade, como vê-se a diante:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.”. (HC 19.676/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 02/03/2004)

Diante da coerção tamanha com a denegação da ordem pelo STJ, foi impetrado novo Habeas Corpus no STF, o Habeas Corpus 84.078/MG. O Habeas corpus foi distribuído para a relatoria do notório ex-ministro Eros Grau, na Primeira Turma do STF, que entendeu em seu voto pela concessão da ordem. O HC foi remetido à apreciação do Tribunal Pleno, e acompanharam o voto do Relator, os ministros Ayres Brito, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marcos Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Os referidos ministros, ao assim votarem, entenderam pela inconstitucionalidade da execução da sentença penal condenatória, quando pendentes a apreciação do recurso especial e recurso extraordinário, estando condicionada portanto, ao trânsito em julgado da referida sentença.

O principal argumento desses ministros era a imensa incompatibilidade da execução antecipada da sentença penal condenatória com o disposto no artigo 9º, inciso LVII, da CF88. Os julgadores sustentaram que o interesse do constituinte originário com a previsão dessa norma, era estabelecer um marco interruptivo para a desconsideração da presunção de inocência do acusado, qual seja, o trânsito em julgado.

Nesse sentido, defenderam os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluzo, respectivamente:

“Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem.”⁴¹

“o ordenamento jurídico constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo penal, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional”⁴²

Ainda nesse sentido, os ministros Celso de Mello e Eros Grau, defenderam que o fato do indivíduo responder à uma acusação penal não isenta-o do gozo de suas garantias individuais e de seus direitos fundamentais, sendo princípios básico do Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos intrínsecos à dignidade da pessoa humana. Em decorrência desse respeito, não caberia ao poder judiciário o afastamento do tratamento constitucionalmente dado ao acusado.

Mais uma vez, os ministros Eros Grau e Celso de Mello defenderam que, desconsiderar essa negativa de atuação estatal frente ao direito de liberdade do réu seria descaracteriza-lo com indivíduo de direitos pura e simplesmente por estarem em condição de acusados.

Em uma defesa um pouco mais ousada, mas não menos pertinente, o Ministro Eros Grau defendeu a superação do artigo 637 do CPP, que trata da ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário e recurso especial,

⁴¹ Trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009. p. 14.

⁴² Trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento do HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009. p. 06.

tendo sido materialmente revogado com a promulgação do dispositivo 5º, inciso LVII, CF88. Não só a Constituição de 1988 supriu o entendimento do artigo 637 do CPP, como a Lei de Execuções penais, anterior à CF88, já havia feito esta revogação ao estabelecer um marco interruptivo para o tratamento da presunção de inocência e o início do cumprimento da pena.

O Ministro Cezar Peluso defendeu que, um entendimento contrário ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, CF88, faria com que este perdesse por completo qualquer efeito de norma constitucional, e seria adotado pelos julgadores de maneira meramente moral.

Diante do exposto acerca dos votos dos Ministros que entenderam pela concessão da ordem, destaca-se a possibilidade cautelar de prisão durante a persecução penal, somente autorizada diante da concretização dos requisitos que autorizam a imposição da medida de cunho excepcional. Segundo longa explanação realizada pelo Ministro Celso de Mello, a prisão em caráter cautelar e a prisão como cumprimento de sentença, não se confundem, por possuírem finalidades diferenciadas, tendo em vista suas hipóteses de aplicação.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto, atentou os demais Ministros acerca do caráter irreversível que possui a execução penal, tendo em vista a gravidade dos danos causados ao paciente.

O Ministro Eros Grau, em um brilhante resgate da jurisprudência desta corte acerca da impossibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos (artigo 147 LEP), defendeu que seria entender contra sua própria jurisprudência defender a execução antecipada da pena de prisão, enquanto entende pela inconstitucionalidade da execução provisória de outro tipo de pena. Nesse sentido, destaca-se:

“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.”⁴³

⁴³ Trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no julgamento do HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009. p. 04.

Os ministros vencidos, que votaram pela denegação da ordem, a Ministra Ellen Gracie, a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Menezes Direito, e o Ministro Joaquim Barbosa, sustentaram suas posições, primeiramente, sobre o artigo 637 do CPP e no artigo 27, §2 da lei 8.038/90, este já revogado por força do artigo 1.072 do novo CPC/15.

A compatibilidade do artigo 5º, inciso LVII, CF88, com a execução antecipada da sentença em caso de processamento do recurso especial e do recurso extraordinário se dá, segundo esses Ministros, pelo fato desses recursos possuírem caráter devolutivo. Isso faz com que seja possível a execução da sentença face ao tratamento de inocente do acusado.

Assim argumentando, os Ministros entenderam que o entendimento pela concessão da ordem faria a jurisprudência do STF atuar contra legem, já que a lei garante o efeito devolutivo aos referidos recursos. Segundo eles, os princípios e garantias constitucionais merecem mitigação, não devendo o STF decidir em supressão de lei que regulamenta os referidos recursos.

A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Menezes Direito defenderam que a formação acerca da culpa do acusado se esgota na apreciação de matéria de fato, o que se dá nas instâncias ordinárias. Logo, segundo eles, tal juízo de culpa deve se sobrepor ao princípio da presunção de inocência, embora não tenha caráter definitivo e seja passível de modificação a decisão. Nesse sentido⁴⁴:

“A norma ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ não pode ser equiparada a uma vedação da privação de liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não a matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservadas às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados.”

Por fim, os referidos Ministros argumentaram ainda que, a impossibilidade da execução da sentença condenatória proferida em instâncias ordinárias trás em voga recursos que visem procrastinar os julgados com reiterados recursos defensivos e, ainda, que buscam o transcurso do prazo

⁴⁴ Trecho do voto proferido pelo Ministro Menezes Direito no julgamento do HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009. p. 05.

prescricional, tendo consciência a demora jurisdicional ocasionada, segundo eles, por tais recursos procrastinatórios. Nesse sentido:

“Adotar a tese em que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade – considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial essa Suprema Corte –, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (...).”⁴⁵

Apesar disso, a maioria dos Ministros decidiram pela inconstitucionalidade da antecipação da execução da sentença penal condenatória, mesmo nos casos em que restam pendentes a apreciação dos recursos especiais e extraordinário, decidindo então contra o artigo 637 do CPP e o artigo 27, §2 da lei 8.038/90 que garante efeito devolutivo aos referidos recursos.

Assim decidindo, a jurisprudência o STF acerca da presunção de inocência passou a basear-se no seguinte acórdão:

“HABEAS CORPUS. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. CONDENADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É pacífica a compreensão desta Corte de que toda prisão anterior à condenação transitada em julgado somente pode ser imposta por decisão concretamente fundamentada, mediante a demonstração explícita da sua necessidade, observado o artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. Ademais, impõe-se salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão recente (5/2/2009), concedeu o HC nº 84.078, proclamando que a execução de sentença condenatória, enquanto pendente o julgamento de recurso, especial ou extraordinário, contraria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ressalvada, contudo, a possibilidade de imposição da custódia cautelar em decisão fundamentada.

3. Tendo o réu permanecido em liberdade durante todo o curso do processo, além de ter sido absolvido em primeiro grau, revela-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal local determina a expedição de mandado de prisão por ocasião do julgamento da apelação sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.

4. Habeas corpus concedido para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.”

⁴⁵ Trecho do Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009. p. 02.

(HC 146.357/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, STJ, julgado em 17/08/2010).

“HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89, CAPUT, LEI Nº 8.666/93. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DEFERIMENTO PELO JUÍZO SINGULAR. APELO JULGADO. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. PRISÃO DETERMINADA PELA CORTE A QUO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR. CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA REPRIMENDA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. EXEGESE DO ART. 5.º, LVII, DA CF/88. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5.º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

2. Tratando-se de réu que respondeu ao processo em liberdade por decisão do Juízo singular - inclusive durante o processamento do recurso de apelação criminal -, resta caracterizado o constrangimento ilegal quando o Tribunal impetrado ordena a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da condenação sem indicar os motivos concretos pelos quais, após o exame do recurso de apelação, seria necessário o recolhimento ao cárcere, à luz do art. 312 do CPP.

3. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida, desde que demonstrada a presença de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP.”

(HC 324.527/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015).

Porém, em fevereiro de 2016, o plenário do STF foi, mais uma vez, submetido à discussão acerca da possibilidade de antecipação da execução da sentença penal condenatória, tendo decidido por sua aplicabilidade, em total dissonância com o entendimento firmado anteriormente pela corte.

2.2 Habeas Corpus 126.292 São Paulo

O paciente do referido remédio constitucional foi condenado pela prática do crime de roubo majorado, à 5 ans e 4 meses de reclusão. Insatisfeito, interpôs apelação perante o TJSP, o qual negou provimento e determinou a expedição do mandado de prisão contra o réu, por sua prisão preventiva.

A defesa impetrou Habeas Corpus no STJ, o qual, analisando o pleito em caráter liminar, denegou a ordem, sem, no entanto, se referir aos requisitos da

medida excepcional, fazendo entender que estaria autorizando a antecipação do cumprimento de pena.

Decidindo em consonância com a Súmula 267 do STJ e, em dissonância com a jurisprudência do STF de 2009, o STJ antecipou ao acusado sua submissão ao cumprimento da sentença condenatória.

Inconformada, a defesa brilhantemente formulada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, impetrou novo Habeas Corpus, dessa vez no STF, pleiteando a liberdade do acusado e o reconhecimento do entendimento anteriormente firmado pela corte. O pleito foi distribuído para a o Ministro Teori Zavascki, que decidiu liminarmente pela concessão da ordem do HC, para revogar a prisão preventiva decretada pelo TJSP.

Em fevereiro de 2016, o mérito é levado à julgamento do Tribunal Pleno, o qual acompanhou o voto do relator pela denegação da ordem do referido HC, pelos votos dos Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, que entenderam contrário ao Procurador-Geral da República e entenderam pela possibilidade de iniciar a execução da pena antes do trânsito em julgado.

O Ministro relator, inicialmente, estabeleceu dois principais critérios ponderação sobre este assunto, nesse sentido:

“O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.”⁴⁶

Ou seja, o Ministro fundou a discussão em estabelecer um alcance para a presunção de inocência e, a necessidade de realizar uma mitigação entre este princípio e o princípio da efetividade da função jurisdicional. O Ministro, que foi acompanhado pela maioria em seu voto, partiu do princípio de que a presunção de inocência encontra sua maior incidência no que diz respeito à carga probatória no processo.

⁴⁶ Trecho do Voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126.192/SP, em 17 de fevereiro de 2016. p. 04.

Isso quer dizer que, a presunção de inocência terá sua incidência esgotada quando houver o exaurimento dos fatos e das provas, o que ocorre com o fim da persecução na esfera ordinária. Ainda acrescentou que, o duplo grau de jurisdição se dá ainda em instâncias ordinárias, não sendo considerado “terceiro grau de jurisdição” o processamento do recurso especial e do recurso extraordinário, tendo em vista não tratar-se de momento para análise de matéria fático-probatória. Nesse sentido:

“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 e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio 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.

(...)

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.^{47a}

Os Ministros que proferiram o voto vencedor, sustentaram ainda, que a impossibilidade de execução da sentença proferida em instâncias ordinárias gera a interposição desenfreada de recursos que visam protelar os efeitos da jurisdição, e ainda, buscam a prescrição do crime, tendo consciência de que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem a força de interromper a contagem do prazo prescricional. Ressaltou ainda, a possibilidade dos defensores requererem a concessão cautelar de efeitos suspensivos ao recurso especial e o recurso extraordinário.

O Ministro Fachin ressaltou que a presunção de inocência não deve ser considerada em suprimento dos demais princípios constitucionais, por não se tratar se um superprincípio, deve ser mitigado para dar eficácia aos demais dispositivos desta carta. Nesse sentido:

⁴⁷ Trecho do Voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126.192/SP, em 17 de fevereiro de 2016. p. 07-08.

“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. (...) Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.”⁴⁸

Já o Ministro Luis Roberto Barroso, sustentou em seu voto que a presunção de inocência estaria vinculada à formação do juízo de culpa acerca da conduta do acusado, e não condicionado ao trânsito em julgado, eis que, segundo ele, “O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.”.

Tendo em vista o condicionamento da presunção de inocência à formação do juízo de culpa, a condenação proferida em segundo grau incidiria sobre a presunção de inocência como forma de conceder menos peso à esta norma, dando preferência ao “interesse social na efetividade da lei penal”.

O Ministro Luis Roberto Barroso afirmou que a necessidade de modificação do entendimento da corte acerca do tema tem como motivação o “impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”. Para o Ministro, essa mudança de entendimento geraria os seguintes benefícios:

“(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.”⁴⁹

⁴⁸ Trecho do Voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do HC 126.192/SP, em 17 de fevereiro de 2016. p. 05-06.

⁴⁹ Trecho do Voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 126.192/SP, em 17 de fevereiro de 2016. p. 01-02.

Discursando sobre o número excessivo de prisões provisórias no Brasil, o Ministro Barroso disse que a mudança de entendimento do STF geraria também uma mudança de orientação dos demais juízes, o que diminuiria a quantidade de prisões cautelares, pois estas só ocorreriam pelo sentimento de que “se você não pune no início, não consegue punir no final”.

Para o Ministro, o cumprimento da pena decorrente de condenação proferida em segundo grau de jurisdição passaria a ser “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.”. Nesse sentido:

“A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril.”⁵⁰

Diante da modificação do entendimento da Suprema Corte que, ao tratar sobre a incidência da presunção de inocência no processo penal, reduziu sua vigência à instância ordinária de jurisdição, este trabalho busca fazer um recorte sobre os principais argumentos utilizados pelos votos vencedores no presente HC, para tratar da impropriedade de todos eles e, ressaltar a gravidade das possíveis consequências desta decisão em âmbito nacional para a esfera criminal.

⁵⁰ Trecho do Voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 126.192/SP, em 17 de fevereiro de 2016. p. 16.

3. A Improcedência dos alegados prejuízos da presunção de inocência ao processo penal: Uma análise acerca da (in)eficácia da antecipação da execução da pena

No ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência, estabelecida sete anos antes, para considerar que, a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, autoriza a execução antecipada da sentença.

Segundo os ministros que se posicionaram no sentido da constitucionalidade da execução da sentença penal condenatória proferida em segundo grau, o entendimento anteriormente consolidado pela corte tinha por consequência um prejuízo ao processo e ao *jus puniendi* estatal.

Isso ocorreria porque, a impossibilidade da execução provisória de sentença condenatória possibilitava a interposição sucessiva dos chamados recursos protelatórios, que visam retardar o *jus puniendi* ou, até mesmo, frustrá-lo completamente, através da obtenção da prescrição da pretensão punitiva.

Ainda, segundo os votos vencidos, a decisão proferida em segundo grau esgota a análise fático-probatória da matéria, proporcionando um juízo de culpa acerca da acusação que autorizaria a execução imediata da decisão.

O presente capítulo visa analisar os argumentos utilizados nos votos vencedores do referido HC 126.292/SP e, por fim, compreender os motivos e as consequências do atual posicionamento do STF acerca da possibilidade da executoriedade antecipada da pena.

3.1 A alegada ocorrência de mutação constitucional do Art. 5, inc LVII, da CF/88: redução da presunção de inocência à análise fático probatória nas instâncias ordinárias

Quem defende a ocorrência de mutação constitucional do Art. 5, inc. LVII, CF/88, o faz entendendo que não há mais espaço no interesse social, para o

condicionamento da execução da sentença penal condenatória ao trânsito em julgado.

Nesse sentido, a sustentação do Ministro Luís Roberto Barroso⁵¹, segundo o qual:

“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. Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração da realidade social altera o próprio significado do Direito”.

Segundo o argumento do ministro, o prolongamento do processo para a não aplicação da pena e a obtenção da prescrição da pretensão punitiva não está em consonância com os interesses sociais, já que este tornou-se o meio para alcançar a impunidade pelo crime cometido. Por isso, a necessidade de adequar o princípio constitucional da presunção de inocência aos novos interesses sociais.

O meio adequado para a realização desta adequação, por quem a defesa, é a mutação constitucional do art 5, inc. LVII, CF 88, para autorizar a execução da sentença antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, assim como defendido na obra do próprio Ministro Luís Roberto Barroso⁵², a mutação constitucional deve observar limites impostos pela constituição, qual seja, a não contrariedade com o texto constitucional e com os princípios tutelados por ela, nesse sentido:

“(…) a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.”

Observa-se, portanto, que a alegação de mutação constitucional fere diretamente, a literalidade do art. 5, inc. LVII, CF88 que, expressamente, veda a execução provisória da sentença, condicionando a esta ao trânsito em julgado.

⁵¹ Trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016. p. 05.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Editora Saraiva. 2ª Edição. p. 152.

Ora, se o constituinte originário foi taxativo ao determinar que a execução da pena está condicionada ao trânsito em julgado, previu expressamente que a formação da culpa se dá após o esgotamento de todas as instâncias processuais. Logo, dentro dos limites semânticos do texto constitucional, não é possível considerar a mutação do referido dispositivo legal, tendo em vista que esta interpretação estará em expressa contrariedade com a lei.

Defender a constitucionalidade da execução provisória da sentença com fundamento na mutação constitucional da interpretação do referido artigo da Constituição Federal, implicaria em grosseira subversão do texto constitucional e a redação conferida a ele.

O constituinte originário optou por eleger o tratamento da presunção de inocência ao sujeito acusado de um delito, fazendo-o com a intenção de proteger a pessoa que se encontre nessa condição, da arbitrariedade no exercício do poder punitivo e, ainda, da arbitrariedade do clamor popular de vingança.

Logo, a alegação de mutação constitucional deste dispositivo fere não só o texto expresso da lei, como também fere a opção do constituinte originário por um processo penal democrático respeitador de direitos e garantias constitucionais.

Importante ter em mente, que o papel do Supremo Tribunal Federal é a guarda da constituição e ao que está determinado em seu texto. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró⁵³, asseveram que:

“O STF é guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal, ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.”

Sendo assim, é possível afirmar que a executoriedade provisória da pena, como fruto de uma reinterpretação do art. 5, inc. LVII, da CF/88, consistiria em mutação inconstitucional, eis que confronta a literalidade expressa pelo constituinte originário.

⁵³LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 17.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao argumentarem que as instâncias ordinárias possuem a robustez necessária à análise da matéria fático-probatória, assumem que o estado de culpabilidade do acusado é sofre uma inversão a partir da condenação confirmada em segunda instância.

Isso significa dizer que, o estado de inocência do indivíduo acusado de um delito é substituído por um estado de culpabilidade a partir da sentença penal condenatória proferida em segunda instância, tendo em vista o esgotamento da análise fático-probatória da matéria.

O estado de inocência, enquanto norma de garantia fundamental, não possui relação somente com o ônus probatório no processo penal. Conforme já salientado, a presunção de inocência exerce o papel de norma de tratamento e norma de juízo.

A Constituição Federal vinculou a obrigatoriedade do tratamento da presunção de inocência ao acusado até que, findo o processo, se alcance o trânsito em julgado e não até que se esgote a análise da matéria fático probatória. Nesse sentido, não há o que se falar em estado de culpa antes do tempo estabelecido pelo constituinte originário.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró asseveram:

“Em suma, assegurar ao investigado ou acusado, durante a persecução penal, um estado de inocente – ou de não culpável – significa que ele não pode ser equiparado ao condenado definitivo. Ao contrário, seu status é absolutamente igual ao de quem nunca foi investigado o processado. Assim, não se pode admitir contra ele, com efeito automático da imputação ou mesmo de decisões judiciais, uma prisão obrigatória, representando antecipação de juízo de culpa e execução antecipada de uma pena que, a despeito de provável, ainda não é certa.”⁵⁴

Ademais, o juízo de culpa não se restringe à análise da matéria de fato, não sendo o suficiente para considerar que a partir deste, está concluído o julgamento da demanda. Para além do juízo de culpa, no processo penal há de se provar que a conduta é fato típico e ilícito.

⁵⁴LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 14.

A falácia da irreversibilidade da sentença penal condenatória em sede de tribunais superiores não prospera. Os tribunais superiores não podem revisar as decisões proferidas em instâncias ordinárias somente no que tange à matéria fático-probatória, mas, os recursos extraordinário e especial podem proferir entendimento diverso ao proferido em instâncias ordinárias no que tange aos elementos jurídicos do caso concreto.

Diante disso, destaca-se que a decisão proferida em segundo grau não perde seu caráter provisório por esgotar a análise fático-probatória da matéria, por este não ser o único elemento que deve ser apreciado para que se possa executar uma condenação. Há de se provar que a conduta é típica, ilícita e culpável, para retirar de alguém seu direito fundamental de ir e vir.

Subsiste nos recursos extraordinário e especial, a possibilidade de modificação do decreto condenatório ordinário, para alterar a natureza e o tempo de cumprimento de pena, o regime de cumprimento de pena, a tipificação do delito e, ainda, o próprio pronunciamento judicial pela condenação, vindo proferir um decreto absolutório.

Tais possibilidades de modificação do decreto condenatório torna ilegítimo qualquer sanção penal anteriormente imposta ao réu a título de provisoriedade. Tendo em vista as diversas possibilidades de alteração do decreto condenatório, descabe a afirmação de que haveria, no processo penal, o trânsito em julgado da formação da culpa em segundo grau de jurisdição.⁵⁵

3.2 O descabido argumento da demora jurisdicional e a sensação social de impunidade

Outro argumento defensivo da executoriedade provisória da sentença penal condenatória na decisão em tese, foi feito com base na demora do processamento dos recursos extraordinário e especial pelos tribunais superiores.

Segundo os ministros que se manifestaram nessa posição, o atraso no julgamento desses recursos gera impunidade tendo em vista a prescrição da

⁵⁵ Conforme sustentado pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, e pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento da medida cautelar das ações declaratórias de constitucionalidade n. 43 e 44.

pretensão punitiva. Tal fato, segundo os ministros, contraria o interesse social pela reparação dos danos causados na prática do delito, gerando uma insatisfação por parte da população.

O debate acerca da demora jurisdicional é legítima, e deve ser travada, tendo em vista se tratar de garantia prevista pela Constituição federal, no seu art. 5, inc. LXXVIII⁵⁶.

Porém, o que não encontra respaldo jurídico e fático é o argumento de que, a busca por um processo célere seja feita em detrimento dos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição.

O problema da demora no processamento dos recursos nos tribunais superiores se dá em razão estrutura, absolutamente insuficiente, desses tribunais, que não possuem condições de proporcionar uma justiça célere diante do número, cada vez mais crescente, de demandas jurisdicionais.

A impunidade gerada pela prescrição da pretensão punitiva não se dá em razão das frustrações do poder punitivo, mas sim pelo fato de não possuímos suficiente estrutura jurisdicional para atender as demandas de um país com dimensões continentais como o Brasil.

É no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que este argumento torna-se inegável. O referido tribunal superior possui 2 turmas criminais, o que é absolutamente insuficiente, se tratando de um país que comporta em seu território, o total de 208.000.180⁵⁷ pessoas.

Oferecer um tempo razoável de julgamento dos recursos é um problema que deve ser enfrentado pelos tribunais superiores, já que é direito do cidadão e dever do judiciário assegurar a razoável duração do processo, assim como prevê expressamente a Constituição Federal. Como garantia elencada no art. 5 da carta magna, não só esta discussão é válida como, legalmente, é necessária.

⁵⁶ Assegura o art. 5, inc. LXXVIII, da CF/88 que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵⁷ Fonte IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 15 set. 2017.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró⁵⁸ defendem:

“trata-se, sem dúvida, da responsabilidade do Estado perante o cidadão. Cumpra ao Estado prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos.”

É inegável que após a Constituição de 1988, houve um grande aumento da atuação do poder judiciário no Brasil. Isso ocorre pois, o poder judiciário assume um papel de intermediador do conflito entre os interesses do poder político e a aproximação entre o poder e o povo, gerada pelo Estado Democrático de Direito.

Em virtude disso, houve um agigantamento do papel do poder judiciário, o que Carvalho Filho³ classificou como “instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (legislativo e executivo).”⁵⁹

Porém, não se pode dizer que o STF, nesta decisão, cumpre com sua função de imparcialidade diante do conflito entre os interesses políticos (impunidade) e os direitos e garantias fundamentais eleitos pela Constituição.

Primeiramente porque a Constituição prevê um procedimento específico para que haja alteração de seu texto e, segundo, porque os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas. Logo, não pode a suprema corte decidir pela executoriedade provisória da sentença quando o texto constitucional expressamente prevê o contrário.

Todavia, o que se mostra ainda pior é que o STF tenta remediar um problema que é das instituições judiciárias (demora processual) detrimento de uma garantia fundamental constitucionalmente estabelecida, a de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁵⁸ LOPES JR, Aury.; BARARÓ, Gustavo. *Direito ao Processo penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 274.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José S. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014. p. 12.

O descaso dessa decisão com o Estado Democrático de Direito e com a realidade social acarretam consequências que não foram objeto de análise dos ministros vencedores do HC em questão. Os ministros se mostraram preocupados com a gestão do volume processual e nada falaram acerca do impacto carcerário da decisão que autoriza a execução antecipada da pena.

Em uma análise acerca do impacto da nova decisão proferida pelo STF, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró⁶⁰ asseveram que:

“Nesse breve período de vigência da novel decisão, o que já se está vendo no Brasil é uma sanha punitivista e carcerizadora sem precedentes. Já há juízes de primeiro grau determinando, *ex officio*, a prisão de réus que aguardam o julgamento do recurso especial; há Desembargadores proferindo votos e já determinando a expedição de prisão na sessão de julgamento em que o resultado é condenatório; Procuradores Regionais Federais e Procuradores de Justiça estão requerendo a prisão após a sessão de julgamento do recurso de apelação, quando o tribunal não se manifesta sobre a expedição do mandado de prisão. Enfim, para prender estão todos ativos. Resta saber se nosso medieval sistema carcerário vai dar conta... e a resposta é óbvia.”

3.3 Os argumentos acerca dos recursos extraordinário e especial: o efeito suspensivo e o baixo número de recursos providos

Outro argumento utilizado pelos Ministros do STF na decisão em questão é de que, a execução provisória da sentença se justifica, já que, o número de recursos extraordinários e especiais providos são muito baixos.

Este argumento se mostra extremamente equivocado a partir do momento que se legitima os referidos recursos de forma quantitativa. Partindo-se desse pressuposto, é possível que em breve o mesmo tribunal decida que, tendo em vista o baixo número de provimento dos recursos de apelação, se faz necessária a execução antecipada da sentença condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição.

Seguindo esta linha argumentativa para o afastamento da presunção de inocência diante de decisão condenatória, é possível que, ao fim, cheguemos a seguinte constatação: Tendo em vista o baixo número de sentenças absolutórias, o mero recebimento da denúncia, com a devida verificação dos

⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 17.

indícios de autoria e materialidade, autoriza o afastamento da presunção de inocência para prender o acusado durante a persecução penal.

Não é necessário se debruçar em muitos argumentos para verificar que o argumento utilizado pelos Ministros para afastar a presunção de inocência não prospera. Assim como, não é difícil estimar os desdobramentos dessa argumentação no âmbito do processo penal.

Resta claro que, nesta linha argumentativa utilizada pelos Ministros, em breve, a presunção de inocência somente será considerada na fase investigativa, e com sorte. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró fazem a excelente aproximação entre o posicionamento atual o STF e a visão acerca da presunção de inocência do fascista Código de Processo Penal Italiano de 1930:

“É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o “normal das coisas” era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro. E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência.”⁶¹

O segundo argumento utilizado para afastar a presunção de inocência a partir da sentença penal condenatória proferida em segundo grau, no que diz respeito aos recursos especial e extraordinário foi o de que estes não possuem efeitos suspensivo.

Anteriormente nos debruçamos sobre a discussão acerca dos efeitos dos recursos especial e extraordinário no processo penal e, chegou-se a seguinte conclusão acerca do art. 637 do CPP: A Lei de execução penal condiciona a privação da liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; A Constituição de 1988 define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; Diante do fato do referido art do CPP estar em total dissonância com a Lei 7210/84 e a CF/88, este deve se adequar a nova ordem Constitucional e, entende-se como revogado temporal e materialmente.

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 38.

Não é possível olhar o processo penal com a ótica da Teoria Geral do Processo, que tem por base, estruturar o processo civil. O processo penal tem vida própria, em virtude de possuir categorias jurídicas próprias, que diferem das do processo civil.

O *caput* do art 995 do novo Código de Processo Civil não tem aplicabilidade no processo penal, tendo em vista que a execução da sentença penal não é mero efeito recursal. Trata-se da liberdade de um indivíduo acusado de um delito, que, tendo que cumprir sentença condenatória, fica impossibilitado de exercer seus direitos e garantias fundamentais até o trânsito em julgado.

Neste contexto, a execução da sentença proferida em segunda instância acarretaria em clara impossibilidade de exercício de defesa diante dos tribunais superiores que, na realidade brasileira, já são inacessíveis para a maior parte da população acusada de cometer um delito.

No que diz respeito à presunção de inocência durante o processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário, é necessário retomar o que disse o então Ministro Eros Grau⁶² no acórdão do HC n.º 94.408 de fevereiro de 2009, oportunidade que considerou inconstitucional a chamada execução provisória da pena:

“1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. (...) 6. 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. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremos, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (...)”

⁶² STF, HC n.º 94.408, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 10.02.2009, v.u, RT 885/493

3.4 O ativismo judicial no STF e a busca por soluções às demandas sociais

Superada a análise acerca dos argumentos jurídicos, neste item, passaremos a análise dos argumentos de cunho extrajurídicos, proferidos pelos ministros, em defesa da legalidade da execução provisória da sentença condenatória.

Assim como exposto no capítulo anterior, o STF, ao modificar seu entendimento acerca da constitucionalidade da execução provisória da sentença, elencou os motivos pelos quais a corte deveria adotar nova jurisprudência e, dentre esses motivos se encontra a resposta aos anseios sociais.

Acerca do que foi destacado pelos Ministros, cabe atenção o argumento de que o STF, como corte constitucional, teria o dever de atender ao clamor popular de insatisfação com a impunidade no país.

Nesse sentido, o ministro Teori Zavascki destaca a necessidade de “atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade” e, nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso, existe um “interesse social na efetividade da lei penal”, que clama pela “quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal”, já que, “se você não pune no início, não consegue punir no final” e, por isso, a execução da pena passa a ser “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do poder judiciário e do sistema penal.”

E ainda, o ministro Luiz Fux, defendeu que o tratamento de inocente dado ao acusado condenado em instâncias ordinárias “não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência”.

Visto isso, é nítido o caráter político do argumento utilizado pelos ministros, pois, além de defender um ponto de vista como o único correto - de que o interesse social no sistema penal é o de punição -, cria entendimentos em dissonância com o texto legal, o que acaba se tornando um ato legislativo.

Cabe asseverar a existência de parâmetros que devem ser observados, pelo poder judiciário, e que visam a preservação de uma ordem democrática. É

evidente que os juízes e tribunais devem adotar entendimentos e interpretações que atendam aos questionamentos feitos pelos jurisdicionados, fazendo com que o direito seja sempre reinterpretado a partir da nova realidade. Contudo, o que não se pode perder de vista é o fato de que a lei constitucional elege um procedimento específico para a sua alteração, e não respeitar este procedimento, é puramente legislar de maneira incorreta.

O ativismo judicial, na busca por oferecer à sociedade a resposta jurídica adequada aos seus anseios, acaba por proferir decisões com um caráter extremamente político, e esta conduta, no âmbito da suprema corte, se torna mais latente.

Ao oferecer respostas aos anseios sociais, o Poder Judiciário acaba por atuar em dissonância com o cumprimento de suas funções constitucionalmente estabelecidas, qual seja, a de julgador, e passa a atuar de maneira arbitrária como legislador.

Todavia, não foi esta a função constitucional estabelecida para os juízes. A exigência do concurso público para o exercício da magistratura, por exemplo, foi a forma adotada para garantir a isonomia entre os candidatos e, para assegurar que suas decisões teriam respaldo puramente jurídico, dificultando que as vontades de determinados grupos ou até da massa, nelas interferissem.

Tendo em vista os itens anteriores deste capítulo, pode-se chegar a conclusão de que os argumentos jurídicos utilizados na defesa da constitucionalidade da execução provisória da sentença penal condenatória, são extremamente frágeis, e demonstram clara intenção dos magistrados de impor, a qualquer preço, suas visões políticas acerca do sistema penal brasileiro.

Contudo, o STF não difere dos demais Tribunais brasileiros no que tange a forte tendência em optar pelo encarceramento como solução no combate contra os altos índices de criminalidade no país. O professor Salo de Carvalho, em seu livro *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*⁶³, coletou dados alarmantes em relação ao aumento do encarceramento na primeira década do século atual.

⁶³ CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 40.

Segundo o estudo realizado pelo referido professor, através de dado coletado do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o número de presos provisórios e condenados, praticamente duplicou do ano de 2000 à 2009. O que coloca o Brasil em quarto lugar na lista das maiores populações carcerárias do mundo.

O total de presos no Brasil em dezembro de 2014 era de 622.202⁶⁴. Deste número, 40,1% dos presos, totalizando 250.318 mil pessoas, que não possuíam condenação em primeira instância.

Mesmo com a constatação de números tão alarmantes, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir novo entendimento acerca da constitucionalidade da execução provisória de sentença, não se preocupou em elaborar estudos acerca do impacto carcerário de sua decisão.

No ano de 2015, o plenário do STF, em sede de julgamento de medida cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, movida pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), reconheceu que no atual Sistema Penitenciário Brasileiro, vige o “Estado de Coisas Inconstitucional”, tendo em vista que possui condições que violam direitos fundamentais dos encarcerados, que cumprem penas ou prisões provisórias de forma desumana.

Lê-se a ementa do acórdão⁶⁵ da referida decisão:

“Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.”

A falta de interação das decisões proferidas pelo STF e a realidade do sistema carcerário se mostram latentes. Após decidir que o sistema penitenciário nacional vive um “estado de coisas inconstitucional”, o mesmo tribunal profere decisão e acarretará em mais prisões.

⁶⁴ Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Dezembro 2014. Brasília, 2016. 80 p. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017. p. 18.

⁶⁵ STF, ADPF n.º 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j 09.09.2015, Informativo n.º 798, do STF

As duas decisões não conversam entre si, pois não possuem uma segurança jurídica que nos possibilite reconhecer a posição do STF em relação a esses assuntos. Se de um lado o STF reconhece que o sistema carcerário não cumpre a sua função de ressocializar o indivíduo e, de outro lado, autoriza a antecipação do cumprimento de pena e facilita a entrada de pessoas nesse sistema reconhecidamente fracassado, tendo em vista a necessidade de assegurar a credibilidade e a eficiência do sistema penal, a questão que paira é o que causou essa mudança de entendimento?

Percebe-se, analisando as duas decisões que, em ambos os casos, o STF assumiu uma posição na qual se pretende responder aos anseios sociais sempre que provocados diretamente. Ou seja, se a questão é as condições atuais do sistema carcerário, decide-se que a situação se tornou inconstitucional; ou, se a questão é a impunidade no sistema criminal, decide-se pela constitucionalidade da antecipação da pena.

O que acarretou essa mudança de orientação entre as decisões proferidas em 2015 e 2016? A existência de uma política claramente dominante de expansão do direito penal e cultura do encarceramento, que tendem, a todo momento, reconsiderar direitos e garantias individuais, com a prerrogativa de estar criando um sistema penal mais efetivo na satisfação dos anseios sociais.

3.5 A ineficácia da prisão como meio de combate à criminalidade

A opção judiciária pela resolução dos problemas sociais por meio do afastamento e até desconsideração dos direitos e garantias individuais, mostra o que a sociedade como, um grupo - dos que nunca foram acusados de cometer um delito -, não consegue se projetar como parte integrante da ocorrência da criminalidade de maneira geral.

Para compreender o fenômeno da criminalidade é necessário que se entenda a realidade social, econômica, cultural, étnica, dentre outras, e, principalmente, as características históricas de tudo isso. Considerando esses fatores, será possível alcançar o entendimento de que nossa sociedade sofre de uma desigualdade latente, no que tange a todos os desdobramentos da sociedade civil.

A contribuição das instituições em geral e da população em relação a ocorrência da criminalidade se dá a partir do momento que proporciona esse fenômeno, tendo em vista o seu caráter extremamente discriminatório, excludente, preconceituoso, marginalizador e descomprometido com os reais anseios de grande parte da sociedade. Esses, não há dúvidas que sejam saúde, educação, lazer, segurança, moradia, saneamento básico, trabalho, entre vários outros.

Trata-se de um fato, a população carcerária no Brasil compreende-se majoritariamente de pessoas economicamente mais frágeis, que, por uma evidente questão de sobrevivência, necessitam mais que as funções do Estado funcionem.

Sobre isso, o gráfico extraído do estudo feito pelo Departamento Penitenciário Nacional ⁶⁶, mostra que a maior parte dos sentenciados no país cometem crimes contra o patrimônio ou crime de tráfico de drogas (totalizando 74% das sentenças), que, trata-se de um crime de comércio de produto ilegal.

A idéia de que o meio social não coopera por influir que o agente perfilha pela prática de um comportamento delituoso, fez com que optássemos por não tocar no problema da desigualdade social ao falar de comportamento criminoso.

Isso explica o fato do mesmo tribunal - STF - proferir duas decisões completamente antagônicas como foi em 2015 com a adpf 347 e em 2016, no HC.../sp. Reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” das prisões brasileiras e logo depois, facilitar a prisão das pessoas, mostra o descaso que tratam os acusados no Brasil. O que é pior é que em muitos dos casos, aquela pessoa acusada já sofreu outros tipos de descaso por parte do Estado, o que colaborou expressivamente para que esta pessoa fosse “selecionada” pelo sistema punitivo.

Ao contrário do que pensam os juízes do STF, o problema da impunidade no Brasil não se dá em virtude da presunção de inocência dificultar a imposição da sanção sobre aqueles acusados em ações penais. Mas se dá através do

⁶⁶ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em 18 out. fl. 33

reconhecimento das falhas historicamente cometidas pela sociedade brasileira, que, culturalmente são resolvidas através da punição.

E é em tempos de crise das funções básicas do Estado que este caráter punitivo sofre um agigantamento. Os momentos de crise - leia-se o de mais desespero - a necessidade de uma resposta aos anseios sociais mais precípuos se mostra latente, o desejo de vingança condensado na vontade punitiva.

Não só pelo exposto que mostra-se necessária a adoção de outra postura em relação à criminalidade, que não a flexibilização a qualquer custo, dos direitos e garantias fundamentais.

A situação carcerária é cada vez mais insustentável. O aumento da criminalização, gerou um aumento na criminalidade, que por consequência aumentou o número de presos, o que não diminuiu a criminalidade. Como conseguir extrair dos estudos do Departamento Penitenciário Nacional que o Brasil não pune?

Segundo esses estudos, do ano 2000 até o final do ano de 2014, a população carcerária brasileira triplicou. Até 2009, ano em que o STF firmou o entendimento acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da sentença, marco da afirmação da presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio, o Brasil aprisionava 473.626 pessoas. Ou seja, em 9 anos, a população carcerária duplicou. Cinco anos após, em 2014, a população carcerária passou a ser de 622.202, ou seja, cresceu mais que a metade do que havia em 2009. E isso tudo, durante a vigência do entendimento de que o sujeito acusado de cometer um delito, deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado.

Logo, não é preciso ir longe para dizer que nossa sociedade pune demasiadamente. E ainda, não se pode dizer que se pune os culpados, já que 40,1% dos presos até dezembro de 2014, não possuíam nem decisão condenatória em primeiro grau de jurisdição.

Diante do que constatou-se aqui, é possível verificar que a execução provisória da pena não é a melhor decisão adotada para as questões trazidas

pelos ministros e, tratadas no presente trabalho. Tal fato demonstra a arbitrariedade dos ministros em suas decisões.

Ao decidir em total dissonância com a presunção de inocência asseverada pela Constituição e, ao fazê-lo através de argumentos com baixo grau de legitimidade, o STF revela um altíssimo grau de autoritarismo, por justificar a punição a qualquer custo.

Nesse sentido, sustentou o Min. Rel. do referido HC 84.078/MG, Eros grau:

“Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética -- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao ‘olho por olho, dente por dente’. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação.”

A Constituição, no artigo 5º, LVII, determina clara e expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, justamente por entender o impacto de uma sentença penal que, difere consubstancialmente se uma sentença cível. A diferença se dá em virtude da impossibilidade de retomar o status quo ante, uma vez reformada a sentença e absolvido o acusado que estava cautelarmente ou provisoriamente preso.

3.6 O Caráter irreversível da pena de prisão: uma análise acerca do impacto da nova jurisprudência e o sistema carcerário brasileiro

Conforme estudo feito pelo Departamento Penitenciário Nacional⁶⁷ em 2014, o total de presos provisórios e condenados no Brasil era de 622.202 mil pessoas. Já o total de vagas disponíveis era de 371.884 mil vagas.

⁶⁷ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Dezembro 2014. Brasília, 2016. 80 p. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017. p. 18.

Do total de presos no Brasil hoje, 40,1% são de presos provisórios. O déficit de vagas no sistema penitenciário é de 250.318 mil vagas, o que significa dizer que, o número de presos provisórios é quase igual ao número de déficit de vagas.

Nesse sentido, conforme salientado por Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró⁶⁸, em sede de julgamento da referida ADPF n.º 347, o Supremo Tribunal Federal reconhece que há no Sistema Prisional Brasileiro:

“A. Violação Generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; B. inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; C. a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.”

Nesse caminho, acrescentam os autores que o STF:

“Reconhece a situação de colapso do sistema carcerário e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente? Não é possível ignorar a situação de fato ou, o que seria mais grave, dela tendo ciência e consciência, acreditar que a solução abrangente para uma persecução penal eficiente será, por meio da restrição à garantia constitucional da presunção de inocência, prender mais e pior!”

A admissibilidade da execução provisória da sentença deve ser questionada, claro, tendo vista seu caráter como direito fundamental e garantia constitucional, mas também deve ser defendido tendo vista o dano causado ao acusado submetido à esta execução.

A execução provisória da condenação civil possui a possibilidade de retorno ao *status quo ante*, já que fala-se de valores, e estes podem ser devolvidos em qualquer das etapas processuais.

A sanção penal, diferentemente da civil, gera um dano com efeitos em 4 dimensões importantíssimo na vida do ser humano, conforme defendeu o Ministro Ayres Brito, ao proferir seu voto no HC 84.078/MG: o abalo psíquico, o desprestígio familiar, a desqualificação profissional e o desprestígio social.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016. p. 17.

Este caráter irreversível se mostra ainda mais delicado nos dias de hoje, em que o sistema carcerário brasileiro carece do mínimo de estrutura básica e, abarca uma quantidade de pessoas que não consegue comportar. Sobre isso, o STF em 09 de setembro de 2015, em sede da ADPF 347, declarou que este o sistema penitenciário nacional encontra-se em um “estado de coisas inconstitucional”.

O argumento de que o preso injustamente poderá receber uma verba indenizatória do Estado não prospera, já que os danos causados aquele são impossíveis de serem reparados pela via financeira, o dinheiro não possibilita o esquecimento do abalo sofrido, tendo têm a possibilidade de voltar no tempo e invalidar as terríveis experiências passadas por uma pessoa no cárcere.

O cumprimento de pena deixa seus efeitos na vida do indivíduo, causando um abalo psíquico irreparável pela via financeira, o que repercute significativamente na vida social do indivíduo e nas suas relações interpessoais.

Possibilitar a execução antecipada de sentença não significa que as pessoas serão presas, porque de fato elas já são, significa sim, dizer que, aqueles que tiveram a sorte de não terem sido presos provisoriamente durante todo o processo, poderão ser presos assim que proferida a sua condenação em segundo grau.

Ao contrário do que afirmava os Ministros, a justiça penal no Brasil hoje pune sim, e com uma facilidade tamanha. Se os anseios sociais pelo combate à impunidade estivessem ligados com a quantidade de pessoas que adentram ao sistema carcerário, o Brasil seria o 4º país em combate à impunidade, tendo em vista se tratar do 4º país no mundo com a maior população carcerária.

Ao contrário, o Brasil prende, e prende mal, conforme explicita trecho extraído do voto do Ministro Relator da referida ADPF, Marco Aurélio:

“Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição.

Ou seja, os Estados e a União não possuem aparato para oferecer as condições básicas de saúde e alimentação por contarem com um sistema que se expandiu de tal forma que, as estruturas básicas não puderam mais ser garantidas para essas pessoas. Não trata-se somente de proteger o direito à liberdade, o ensejo por impossibilitar a execução antecipada da pena, isso possui um caráter de suma importância, pois assume-se a responsabilidade de não submeter seres humanos à um sistema reconhecidamente falido.

Milhares de histórias podem ser contadas para exemplificar os motivos pelos quais o cumprimento de pena no Brasil, hoje, possui um caráter irreversível. Para citar um exemplo atual e muito próximo da realidade carioca, seguirá uma breve explanação sobre o caso Rafael Braga Vieira, extraída do site da campanha por sua libertação⁶⁹:

“Jovem, negro, pobre, catador de latinhas e morador da Vila Cruzeiro, Rafael Braga foi o único condenado no contexto das manifestações de 2013 - mesmo sem ter participado delas - por portar pinho sol e água sanitária. Em janeiro deste ano, a caminho da padaria na favela onde morava, foi novamente preso a partir de um flagrante forjado, de acordo com testemunhas, e acusado de associação e tráfico de drogas, mesmo estando sob vigilância. Na calada da noite, às vésperas do feriado de 21 de abril, Rafael foi condenado a 11 anos de prisão. A série de absurdos do caso de Rafael não param por aí: o juiz que o condenou levou em consideração apenas os depoimentos contraditórios dos policiais que o prenderam. Além disso, foi negado a ele o direito à ampla defesa: o juiz negou o pedido de acesso à câmara da viatura policial que o levou à delegacia e ao GPS da tornozeleira - provas que poderiam ter mudado o rumo do julgamento e comprovado sua inocência.”

Rafael Braga Vieira foi posto em prisão domiciliar em setembro de 2017, para tratar a sua tuberculose, adquirida no cárcere. Rafael Braga saiu da prisão após ter passado 4 de seus 29 anos, ininterruptos, dentro do cárcere. Rafael foi posto fora do sistema prisional com tuberculose, sem a maioria dos dentes de sua boca, e com um enorme problema: como gozar de prisão domiciliar quando não se tem um domicílio?

Hoje, Rafael Braga e sua família depende financeiramente de doações feitas por pessoas que acreditam na inocência dele e que se mobilizaram, junto com a família, em uma campanha nacional pelo reconhecimento de sua inocência, pelo reconhecimento dos danos causados ao jovem, e contra a

⁶⁹ Disponível em: <https://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/> Acesso em: 22 out. 2017

arbitrariedade estatal que insiste em perseguir e controlar as camadas potencialmente mais frágeis da sociedade.

Liberdade para Rafael Braga e todos outros, homens e mulheres, das situações desumanas a que são submetidos dentro do sistema carcerário brasileiro!

4 Conclusão

O Brasil hoje vive uma grande crise político-institucional, que com certeza gera um sentimento de impunidade vindo da população. Todavia, este pretexto foi utilizado de forma exageradamente cabal pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante seus votos no Habeas Corpus 126.292 São Paulo.

Foi possível observar que, não só os argumentos políticos utilizados pelos Ministros possuem uma fragilidade sem tamanho. Este trabalho buscou reconhecer em cada argumento jurídico sua desconformidade com a situação fático-jurídica do caso concreto em julgamento e, tendo em vista a importância da jurisprudência do STF, o grande descomprometimento com a realidade da criminalidade brasileira e, principalmente, com o sistema carcerário nacional.

Foi possível reconhecer o problema esquizofrênico das jurisprudências do STF que, no mesmo período em que admitem a falência do sistema carcerário e seu desserviço para a sociedade, os Ministros modificam seu entendimento anterior para, com sua decisão, estimular e autorizar um tipo de prisão flagrantemente ilegal.

Os momentos de instabilidade trazem a necessidade de reafirmação do Estado de Direito e do Estado Democrático, como único meio de reorganizar o meio político-institucional e impedir o surgimento da barbárie. Todavia, o STF não parece preocupado com a necessidade da reafirmação dos direitos, ao contrário.

Com argumentos jurídicos extremamente frágeis para uma corte constitucional e, argumentos políticos que parecem não conhecer a realidade, o Supremo Tribunal Federal possibilitou a decretação de prisão com condenação em segunda instância, facilitando ainda mais o ingresso no sistema carcerário.

Foi possível verificar o total descaso e despreocupação dos Ministros com a enorme possibilidade do cometimento de grandes injustiças. A possibilidade de reforma da sentença condenatória após segunda instância foi praticamente anulada na discussão dos Ministros, ao reduzirem o período em

que o acusado deve ser presumido inocente, baseando-se no argumento de que a culpa se forma durante a análise da matéria fático probatória do processo.

Ou seja, retira-se do cidadão o direito de ser reconhecidamente inocente durante toda a persecução penal, através de argumentos facilmente contrariados e, ainda, com base em uma opinião política em total dissonância com a realidade do país.

A crise trás com ela a insegurança, o aumento da criminalidade, e a necessidade de reafirmação da democracia como remédio para todos esses problemas. Porém, o que se viu com esta mudança de entendimento do STF é que, neste momento o poder judiciário na sua instância maior prefere retirar direitos à protegê-los.

A execução provisória de sentença condenatória fere a presunção de inocência na disposição de seu artigo 5º, inciso LVII, CF88, e ainda, fere a razão de ser deste direito: a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos mais precípuos do Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, conclui-se que a execução provisória de sentença não encontra base legal no ordenamento jurídico pátrio, ao contrário, encontra sérias restrições, contidas, inclusive, na própria Constituição Federal, impossibilitando qualquer discussão acerca de seu afastamento ou flexibilização, tendo em vista seu caráter fundamental para a garantia do exercício da democracia.

5 Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Editora Saraiva. 2ª Edição.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. 1764. Fonte digital: www.jahr.org.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Dezembro 2014. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005.

CAMARGO. Monica Ovinski de. *O Estado e O Indivíduo: O Conflito Entre Punir E Libertar - História Da Presunção De Inocência No Brasil (1948-2000)*. Dissertação de mestrado 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José S. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014.

CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Paula Bejer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 06. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Dezembro 2014. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

Disponível em: <https://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/> Acesso em: 22 out. 2017

Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. Acesso em 18 out. fl. 33

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, editora Revista dos Tribunais, 202.

Fonte IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 15 set. 2017.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20ª Edição. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

KARAM, Maria Lucia. Disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11164/11164_4.PDF. Acesso em: 10 out. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*. Revista de Estudos Criminais. n. 11, v. 3. 2003.

KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Presunção de Inocência e Direito À Defesa - Vol. 5 - Col. Escritos Sobre a Liberdade*, Lumen Juris, 2009.

LOPES JR, Aury.; BARARÓ, Gustavo. *Direito ao Processo penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer. 2016.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PASINI, Mario. *Sulla presunzione de non colpevolezza*. Il Foro Penale, 1965.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen juis, 2005.

STF, ADPF n.º 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j 09.09.2015, Informativo n.º 798, do STF

STF, HC n.º 94.408, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 10.02.2009, v.u, RT 885/493

Tal entendimento pode ser encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 9; Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XI.1 e; no Pacto San Jose da Costa Rica, art 8.1.