
RECENTE GUINADA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

RECENT GUINEA IN THE JURISPRUDENCE OF THE STF IN THE INTERPRETATION OF THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

WANDERLEI JOSÉ DOS REIS

Doutor e Pós-doutor em Direito. MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito Internacional, Direito Tributário e Processo Tributário, Direito Eleitoral e Direito Penal e Processo Penal. Graduado em Ciências e Matemática. Atuou em 2003 e 2004 como Juiz da Vara Única, Diretor do Foro e Juiz Eleitoral Titular da 34ª ZE/MT na Comarca de Chapada dos Guimarães (onde iniciou sua carreira), ocasião em que o Fórum sob sua gestão foi considerado referência nacional em administração judiciária pelo Ministério da Justiça. Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões de Rondonópolis (entrância especial) e Juiz Eleitoral Titular da 46ª ZE/MT. Coordenador-adjunto do NEP/ESMAGIS-MT.

RESUMO

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, deu uma guinada em sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência e gerou uma grande celeuma no âmbito jurídico do País. Os defensores da decisão sustentam que o réu deve ser considerado “culpado” com a decisão de segundo grau, na medida em que somente cabem recurso especial e extraordinário, que não ensejam “reexame de prova”. Já os detratores da nova posição do STF sustentam que se trata do fim da presunção de inocência, apesar de sua previsão expressa em nossa Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de inocência; Jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Constituição Federal.

ABSTRACT

A recent decision of the Supreme Court in the trial of HC n.º 126.292/SP, lurched in its case on the principle of presumption of innocence and generated quite a stir in the legal framework of the country . Supporters of the decision argue that the defendant It should be considered “guilty” with the decision of high school, to the extent that only fit special and extraordinary appeals , which do not allow “test review”. Already the detractors of the new position of the Supreme Court hold that it is the end of innocence, despite its express provision in our Constitution.

KEYWORDS: Presumption of innocence; Jurisprudence; Federal Court of Justice; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

O art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, eis a aclamação explícita do princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da presunção de não culpa ou princípio da não culpabilidade, um dos principais pilares do processo penal num Estado Democrático de Direito no qual se constitui a República Federativa do Brasil.

No aspecto terminológico, ao tratar de tais nomenclaturas, Gomes e Bianchini, de forma oportuna, advertem que a denominação “politicamente correta” seria “presunção de inocência”, utilizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já que a expressão “princípio da não-culpabilidade”, reiteradamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra raízes no fascismo italiano, que não se

conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente. (GOMES, 2009, p.251).

É possível dizer, de uma maneira ampla, que nos sistemas penais inquisitórios parte-se da premissa de que o acusado ou investigado é culpado, de modo que a máquina estatal move-se no sentido de colher elementos probatórios que justifiquem sua condenação. A adoção do princípio da presunção de inocência, por sua vez, inverte o sentido da persecução penal adotada nos sistemas inquisitórios fazendo com que o processo penal tome como premissa a hipótese de que o acusado ou investigado é inocente, devendo ser provada, durante o curso do processo, a sua culpa, sendo que, por esta razão, não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena.

Nesse sentido, já aduzia Beccaria (2003, p.35) que:

[...] um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, reviu sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência e gerou uma grande celeuma no âmbito jurídico do País, a partir do recente julgamento do HC n.º 126.292/SP, o qual nos ateremos a seguir.

2 REVISÃO JURISPRUDENCIAL

Consabido que o princípio da presunção de inocência se projeta sob dois aspectos no processo penal ou, dito de outra forma, são dois os principais efeitos que o princípio produz na órbita processual penal: no *onus probandi* e nas prisões cautelares. O primeiro diz respeito ao standard anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre milita em favor do acusado, traduzido no princípio *in dubio pro reo*, constituindo este o núcleo duro do princípio, por isto, de caráter absoluto. Dessa forma, o *onus probandi* é atribuído ao acusador, a quem incumbe o dever de

comprovar em juízo no curso do processo penal aquilo que está retratado na peça acusatória, sob pena de absolvição do réu. No que tange às prisões cautelares – também denominadas de prisões processuais ou provisórias, em qualquer uma de suas espécies: prisão em flagrante, preventiva ou temporária –, impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu.

Assim, em análise a tais efeitos, tem-se que, por força do princípio da presunção de inocência, a restrição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, se apresentar como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada a real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do art. 312, do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida. De outro lado, no tocante ao segundo viés do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova é atribuído ao acusador, o qual, por isso, tem o dever de comprovar cabalmente no processo penal diante do Estado-juiz aquilo que está retratado na peça acusatória, mister cujo descumprimento ou cumprimento insatisfatório acarreta a absolvição do acusado, pela aplicação de outro postulado que guarda relação estreita e direta com a presunção de inocência que é o princípio *in dubio pro reo*.

Logo, *a priori*, se mostraria incompatível o princípio constitucional da presunção de inocência com o cumprimento provisório de pena já que o cerceamento da liberdade de forma preventiva não pode constituir uma punição antecipada àquele que sequer possui condenação definitiva contra si, revelando-se eventual execução antecipada de pena um ato atentatório ao princípio constitucional da dignidade de pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), epicentro do constitucionalismo contemporâneo.

Todavia, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, deu uma guinada em sua jurisprudência acerca do princípio da presunção de inocência.

Para uns, a decisão do STF representou um grande avanço, já para outros, o entendimento da Corte se traduziu em retrocesso. De qualquer forma, se faz necessário trazer à baila o histórico jurisprudencial do Alto Pretório sobre o tema, até o julgamento do HC n.º 126.292/SP, o qual, sem dúvida, significou um novo divisor de águas relativo ao tema na nossa história recente tanto no aspecto processual penal quanto no constitucional.

Entrementes, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.726/DF, ocorrido em 28.06.91, de relatoria do ministro Néri da Silveira, firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Ainda, no julgamento do HC n.º 74.983/RS, de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30.06.97, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impedem o cumprimento de mandado de prisão.

Na mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, já prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação, após confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente aviados, especial e extraordinário, não são dotados de efeito suspensivo, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/90.¹

¹ BRASÍLIA. STF. HC n.º 70.662/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94; HC n.º 71.723/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95; HC n.º 79.814/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00; HC n.º 80.174/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02; RHC n.º 84.846/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04; RHC n.º 85.024/RJ, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04; HC n.º 91.675/PR. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07.

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante, foi editada a Súmula n.º 716, do STF, a qual admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Contudo, no julgamento do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, de relatoria do ministro Eros Grau, a Corte Excelsa reformulou o seu entendimento e, por maioria (7 votos a 4) e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da República.

Em seu voto, o ministro Eros Grau, na condição de relator, ressaltou que, ao refletir sobre a jurisprudência da Corte sobre o tema, chegou à conclusão de que o entendimento até então adotado pelo Tribunal deveria ser revisto. Isso por que, segundo ele, o art. 637, do Código de Processo Penal, 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. Por sua vez, o art. 105, da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal), condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, valendo a mesma regra para a execução da pena restritiva de direitos. Da mesma forma, o art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Político de 1988, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A par disso, o ministro Eros Grau aduziu que “os preceitos veiculados pela Lei n.º 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637, do CPP” (STF, 2010).

No tocante à pena restritiva de direitos, o ministro frisou que ambas as turmas do STF² têm dado interpretação ao art. 147, da Lei de Execução Penal, à luz das

² Nesse sentido: BRASÍLIA. STF. HC n.º 84.587/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 19.11.04; HC n.º 84.741/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 07.12.04, publicado em 18.02.05; HC n.º 84.859/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 14.12.04, publicado em 13.05.05; HC n.º 85.289/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 22.02.05, publicado em 11.03.05; HC n.º 88.413/MG. Rel. Min. Cezar Peluso. Primeira Turma, julgado em 23.05.06, publicado em 09.06.06; HC n.º 86.498/PR. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 18.04.06, publicado em 19.05.06; HC n.º 88.741/PR. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 23.05.06, publicado em 04.08.06.

cláusulas constitucionais e, por conta disto, vêm repelindo a possibilidade de execução da sentença condenatória sem que essa esteja coberta pelo manto do trânsito em julgado.

Dentro dessa lógica, se não é permitida a execução de pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão deve ser coibida a execução de pena privativa de liberdade – por ser incontestavelmente mais grave – enquanto não sobrevier o título condenatório definitivo. Por isso, o ministro Eros Grau obtemperou que “entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia” (STF, 2010).

No mesmo passo, o ministro relator afirmou que, através de uma leitura sóbria do texto constitucional, seria possível inferir, sem maiores dificuldades, que a Constituição assegura que nem a lei, e muito menos qualquer decisão judicial, imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, “apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite que seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, salientando que a ampla defesa não deve ser vista de modo restrito, na medida em que esta abrangeria todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Em razão disso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação redundaria, igualmente, em restrição ao direito de defesa, “caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão” (STF, 2010).

No que tange à supressão do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, tal como previsto no art. 27, da Lei n.º 8.038/90, o ministro sublinhou que tal disposição normativa é resultado de uma política criminal deveras repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n.º 7.960/89 e, posteriormente, pela Lei n.º 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Nesse particular, afirmou que a produção legislativa penal e processual penal da década de 90 é manifestamente reacionária, na medida em que se curva aos clamores populares, almejando punições rigorosas e imediatas.

Nesse diapasão, o ministro Eros Grau salientou que, em certos momentos, a violência integra o cotidiano da coletividade. Por conta disso, a imprensa, por meio de

uma espécie de “tribunal de exceção”, passa a difundir a ideia de que todos são culpados até prova em contrário, raciocínio esse diametralmente oposto ao que a Constituição assevera. Por isso:

[...] é bom que estejamos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente conduz ao olho por olho, dente por dente (STF, 2010).

Ainda, o ministro relator alertou que, caso prevalecesse o entendimento contrário ao texto da Constituição, “melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete!” (STF, 2010).

Por fim, o ministro Eros Grau consignou na ocasião que, nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direito e, em vista disso, não podem ser transformados em objetos processuais. Portanto, “é inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgada a condenação de cada qual”. Por essas razões, ele reputou a antecipação da execução penal incompatível com o preceito do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Republicana de 1988 (STF, 2010).

Sem embargo, modificando novamente o entendimento da Corte, no recente julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF deu nova guinada em sua jurisprudência e, também por maioria (7 votos a 4) e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao proferir seu voto, o ministro Teori Zavascki, na condição de relator do processo, assentou que o princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Fundamental, ganhou relevo no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição Federal de 1946, com a adesão do Estado brasileiro à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A consagração desse postulado, segundo ele, teve reflexos fundamentais na elaboração de normas

processuais, principalmente em relação àquelas que vieram a dispor sobre produção das provas, da distribuição do ônus probatório e da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos (STF, 2016).

O ministro relator afirmou que, de fato, antes de proferida a sentença, há de se manter reserva de dúvidas quanto à conduta delituosa, o que leva a conferir ao acusado, para todos os efeitos – mas, especialmente no que se refere ao ônus probatório da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação significaria, neste caso, um juízo de culpabilidade, que deve aflorar dos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. A partir daí, para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de não culpabilidade por um juízo de culpa – pressuposto inarredável para a condenação –, embora não definitivo, já que passível de revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Assim, conforme o relator, “é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado” (STF, 2016).

Em outras palavras, o ministro relator defendeu que é nesse estágio que se materializaria, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, momento em que há o reexame da decisão judicial em sua integralidade, mediante ampla devolutividade da matéria vertida na ação penal, tenha ela sido analisada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu, por sua vez, restaria garantido o direito de acesso, em liberdade, a essa instância de segundo grau, sem prejuízo de eventuais prisões cautelares porventura decretadas (STF, 2016).

Neste sentido, de acordo com o ministro Teori Zavascki, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam à reapreciação da matéria fática probatória. Desta forma, tendo havido, em segundo grau, um juízo de culpabilidade do acusado, lastreado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelos tribunais superiores, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado” (STF, 2016).

Igualmente, o relator declinou que a execução provisória da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de

inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Ante esse quadro, não violaria o postulado da não culpabilidade autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos da própria responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (STF, 2016).

A título de exemplo, o ministro relator mencionou que a Lei Complementar n.º 135/10, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, em seu art. 1º, inciso I, considera inelegível, para qualquer cargo, o candidato que tiver contra si condenação transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado. Assim sendo, a presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório gere seus efeitos em desfavor do acusado (STF, 2016).

No mais, destacou que, em se tratando de direito alienígena, o cenário não era diferente, conforme se observou no julgamento do HC n.º 85.886/RJ, de relatoria da ministra Ellen Gracie. Na oportunidade, a ministra relatora aduziu que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Na mesma contextura, o ministro Teori Zavascki lembrou que os recursos de natureza extraordinária não objetivam discutir a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Em verdade, esses apelos extremos se prestariam, unicamente, à proteção da higidez do sistema normativo. Tal fato teria ganhado mais realce, em relação recurso extraordinário, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/04, a qual instituiu como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração, em forma de preliminar, da repercussão geral da questão constitucional nele versada. “E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, têm se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente” (STF, 2016).

Conforme o ministro relator, não se pode perder de vista que a jurisprudência que assegura, de forma absoluta, o princípio da presunção de inocência – de modo a afastar a executividade de qualquer condenação enquanto não julgados os recursos endereçados aos tribunais superiores:

[...] tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (STF, 2016).

Diante desse cenário, o ministro Teori Zavascki asseverou que compete ao Poder Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, assegurar que o processo – único meio de concretização do *jus puniendi* estatal –, cumpra a sua incontornável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de conferir apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, tal como previsto nos diplomas legais é, sob essa perspectiva, “mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado” (STF, 2016).

Portanto, na sua visão, não se afiguraria arbitrária, mas plenamente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o cumprimento da reprimenda, até mesmo com o encarceramento do condenado, após a constatação da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Porém, o ministro relator advertiu que, de fato, podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, assim como nas instâncias extraordinárias. Nesses casos, o ministro assinalou que sempre haverá outros mecanismos jurídicos vocacionados a suspender, caso necessário, a execução da pena, como as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ou a ação constitucional do *habeas corpus*. De uma forma ou de outra, “mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos” (STF, 2016).

Assim, com base nesses argumentos, o ministro Teori Zavascki, ao votar pela denegação da ordem de *habeas corpus*, reavivou o antigo entendimento da Corte Excelsa concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao manifestar adesão ao voto do relator, o ministro Luís Barroso apontou que diferentes países do mundo divergem entre poder executar a condenação criminal

desde a decisão de primeiro grau ou poder executar depois da decisão de segundo grau. Todavia, segundo ele, nenhum país exige mais do que dois graus de jurisdição para que se possa dar cumprimento a uma decisão criminal. No mesmo panorama, o ministro afirmou que o desfecho de um processo criminal, muitos anos após o fato delituoso, é incapaz de dar à sociedade uma resposta necessária.

E quando isso acontece, o Direito Penal acaba não desempenhando o papel mínimo que ele deve desempenhar, que é da prevenção geral, da dissuasão de condutas incompatíveis com a lei (STF, 2016).

Calcado nessas premissas, o ministro Luís Barroso trouxe à baila três aspectos pertinentes. No primeiro, assentou que a condenação de primeiro grau, referendada em recurso de apelação, inverteria a presunção de inocência. Dito de outro modo, todo acusado em processo criminal teria direito a dois graus de jurisdição, sendo que, a partir daí, a presunção de não culpabilidade restaria afastada. No segundo aspecto, o ministro ressaltou que o recurso de extraordinário não se destina a indagar o acerto ou desacerto da decisão das instâncias ordinárias, nem a reexaminar os fatos e as provas, mas tão somente questões de direito, constitucional quando for perante o STF e infraconstitucional quando for perante o STJ – a partir de então, a materialidade e a autoria já teriam sido demonstradas, à exaustão, no primeiro e no segundo graus. Já no terceiro aspecto, considerado o mais grave pelo ministro, a impossibilidade de execução imediata da condenação proferida em segundo grau estimularia a interposição sucessiva de recursos procrastinatórios (STF, 2016).

Aliás, o ministro Luís Barroso salientou que a linha de raciocínio proposta pelo relator, ministro Teori Zavascki, teria por objetivo restaurar o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias. Isso por que, no Brasil, os juízes de primeiro grau e os Tribunais de Justiça passaram a funcionar como instâncias de passagem, na medida em que todos os recursos sobem para o STJ e, posteriormente, para o STF, numa sucessão interminável de instâncias. Portanto, “com essa nova orientação, vamos restabelecer a importância e o prestígio da decisão de primeiro grau e, sobretudo, do acórdão do Tribunal de Justiça” (STF, 2016).

De mais a mais, o ministro Luís Barroso assinalou que o modelo que passou a vigorar a partir da decisão proferida no HC n.º 84.078/MG não teria funcionado bem, pois, desde então, impediu-se que as condenações confirmadas em grau de apelação produzissem efeitos, concedendo aos recursos de índole extraordinária um efeito suspensivo que eles não dispõem: “criou-se, a partir daí, uma cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios”. Concluindo que, “uma vez ocorrida a condenação de segundo grau, está rompida a presunção de não culpabilidade e, portanto, há a possibilidade de se dar cumprimento à decisão condenatória” (STF, 2016).

Da mesma forma, os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes seguiram o voto do relator, ministro Teori Zavascki.

Em contrapartida, nesse julgamento do HC n.º 126.292/SP, a ministra Rosa Weber, ao abrir a divergência, disse que não sentia a vontade para enfrentar a questão e mudar a jurisprudência da Corte.

Nessa mesma esteira, o ministro Marco Aurélio, ao acompanhar a divergência, vaticinou que, naquele momento, não estaria vendo uma tarde auspiciosa, em termos jurisdicionais, na vida do Supremo Tribunal Federal, visto que, ao rever a jurisprudência firmada no HC n.º 84.078/MG, a Corte Suprema admitiu a “execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada” (STF, 2016).

Logo, ao alterar a sua jurisprudência nesse particular, o ministro Marco Aurélio pontuou que o STF estaria esvaziando o modelo garantista, resultante da Constituição Federal de 1988, a qual foi apelidada por Ulysses Guimarães como “Constituição Cidadã”. “Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã” (STF, 2016).

O ministro Marco Aurélio sublinhou que, de fato, o momento é de delinquência maior, quadro esse agravado também pelo crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos. Do mesmo modo, o ministro destacou que a Justiça é deveras morosa e que, na seara do Direito Penal, o tempo é ainda mais precioso, pois a morosidade nos julgamentos pode acarretar a prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, entretanto, defendeu que é justamente nesses momentos de crise que devem ser observados parâmetros, princípios e valores, de

modo a não gerar instabilidade social, mesmo por que “a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida” (STF, 2016).

O ministro Marco Aurélio lembrou ainda que o Alto Pretório, em tempos recentes, havia decidido que a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, era incompatível com o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da *Lex Mater*. Agora, com base no mesmo texto constitucional, o STF estava a concluir de forma diametralmente oposta. Com efeito, o postulado constitucional da não culpabilidade, para ele, não admite interpretações. Neste rumo:

[...] há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional (STF, 2016).

Dentro desse raciocínio, o ministro Marco Aurélio afirmou que o pressuposto da execução provisória, na seara patrimonial, é a possibilidade de retorno ao estado anterior, em caso de eventual reforma da decisão recorrida. Ocorre que, no campo penal, não se pode dizer o mesmo, pois no caso de eventual absolvição do acusado, a liberdade cerceada indevidamente não lhe poderá ser restituída. A propósito, lembrou que o ministro César Peluso, quando em atividade na Corte, chegou a formular uma proposta de emenda constitucional, no sentido de diminuir o número de recursos endereçados às Cortes Superiores e, com isso, possibilitar o cumprimento imediato das decisões proferidas nas instâncias ordinárias, mas, tal ideia não teria prosperado no âmbito legislativo.

Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró (STF, 2016).

À guisa de conclusão no caso, o ministro Marco Aurélio assentou que o significado do princípio constitucional da presunção de inocência não é outro “senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a

apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva” (STF, 2016).

No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello, decano da Corte, ao acompanhar a divergência, ressaltou que a presunção de inocência representa uma importante conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a tirania do Estado e o abuso de poder, e que este postulado “tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana” (STF, 2016).

O ministro Celso de Mello lembrou que a repulsa à presunção de inocência deita raízes em uma visão que não se coaduna com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, de forma indevida, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não albergadas pelo texto constitucional (STF, 2016).

Sob a ótica constitucional, o ministro salientou que a Carta da República de 1988 se constitui como o símbolo representativo da antítese ao despotismo do Estado e à força opressiva do poder. Desta forma, qualquer ilação que induza à culpabilidade antecipada do réu será, na sua visão, “a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse” (STF, 2016).

Sendo assim, o ministro Celso de Mello pontuou que a consagração constitucional da presunção da não culpabilidade como direito fundamental de qualquer cidadão – independentemente da gravidade do delito que lhe haja sido atribuído – há de realizar, sob o prisma da liberdade, uma hermenêutica emancipatória dos direitos e garantias da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre tratada como inocente, para todos os fins, deve perdurar até superveniente trânsito em julgado da sentença condenatória, “como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral” (STF, 2016).

Salientou o ministro, a título de exemplo, o julgamento do HC n.º 96.095/SP, de sua relatoria, no qual restou decidido que o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. Ademais, consignou que a presunção de

inocência não desvanece gradualmente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Nesta senda, mesmo que referendada a condenação penal por um tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do condenado, esse direito fundamental, que só cederá diante do trânsito em julgado da condenação criminal (STF, 2016).

Ainda, por derradeiro, ao verificar que a tese encampada pelo relator do processo prevaleceria no julgamento em curso, o ministro Celso de Mello, em tom de indignação, aduziu que:

[...] em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado (STF, 2016).

Por seu turno, o ministro Ricardo Lewandowski, ao também aderir à divergência no julgamento do HC n.º 126.292/SP em curso, anotou que se sentiu surpreso diante da guinada da Corte em relação à decisão proferida na referida assentada. Isso por que, para ele, tal entendimento foi deflagrado logo após o Tribunal ter reconhecido, no julgamento da ADPF n.º 347/DF e do RE n.º 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro pátrio está absolutamente falido, e que tal situação teria gerado um estado de coisas inconstitucional.

Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia (STF, 2016).

Mais adiante, o ministro Ricardo Lewandowski enfatizou que no Brasil o sistema jurídico sempre deu mais valor à propriedade do que à liberdade do cidadão. Prova disso seria o disposto no art. 520, incisos I a IV, da Lei n.º 13.105/15, que institui o novo Código de Processo Civil³, já que, no que se refere à propriedade privada, o

³ Art. 520, CPC. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

legislador teria se cercado de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, com a restituição integral do bem, no caso de posterior reforma da sentença, por parte dos tribunais superiores. No entanto, no que tange à liberdade, o ministro asseverou que, caso prevalecesse o voto do relator, o cidadão poderá ser provisoriamente preso por anos, e, em caso de eventual absolvição, “não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis” (STF, 2016).

Além disso, por fim, o ministro Ricardo Lewandowski apontou que o Brasil tem, atualmente, cerca de seiscentos mil presos, sendo a quarta maior população carcerária, em termos mundiais, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Dentro desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil são presos provisórios. Dentro desse raciocínio, obtemperou que:

[...] na medida em que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos (STF, 2016).

Sem embargo, apesar das razões aduzidas nos votos divergentes, o STF decidiu, por maioria, denegar a ordem pleiteada no HC n.º 126.292/SP e, por consequência, restaurar entendimento até então superado pela Corte, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o núcleo essencial do princípio constitucional da presunção de inocência, estatuído no inciso LVII do art. 5º da Carta Constitucional.

Essa autêntica guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a toda evidência, não passou imune a críticas, principalmente na seara doutrinária, das quais trazemos à colação algumas.

Nesse sentido, Streck, asseverou que o STF, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, teria reescrito a Constituição Federal e, com isso, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (BRASIL, 1973).

equivoco, pois o Alto Pretório havia julgado inconstitucional o próprio texto constitucional. (STRECK, 2016).

Ainda segundo Streck, essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, porquanto a matéria foi levada ao plenário da Corte. Entretanto, relata que não houve declaração incidental, visto que teria sido uma interpretação da Carta da República e, ao que parece, a Corte Suprema não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo do Código de Processo Penal. E é aí que residiria o problema, pois, conforme o jurista, não seria possível ignorar a clareza do texto do art. 283, do Código de Processo Penal, cuja redação é do ano de 2011, o qual estabelece que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (STRECK, 2016).

A par disso, Streck pontuou que, da análise do voto do ministro Teori Zavascki, relator do feito, não se vislumbraria qualquer menção ao art. 283, do CPP, o que levaria a concluir que tal dispositivo legal ainda está em pleno vigor. Em continuação, Streck afirma que o voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, vai de encontro ao raciocínio construído pelo próprio ministro no julgamento da Reclamação n.º 2.645/SP, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, ao proferir o seu voto, entendeu que seria inadmissível negar aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Ocasão em que proclamou que: “tenho absoluta tranquilidade para dizer que o art. 283 continua válido. Logo, aplicável” (STRECK, 2016).

Diante desse quadro, Streck conclui que, para que esse impasse seja solucionado, o caminho correto será a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da qual o STF terá que dizer se o art. 283, do CPP, é constitucional ou não. “Isto porque, neste momento, tem-se o seguinte quadro dicotômico: um dispositivo do CPP (ainda) válido e uma decisão do STF estabelecendo o sentido contrário. Ambos não podem conviver” (STRECK, 2016).

Para de El Hireche e Santos, o entendimento emanado pelo STF, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, demonstra a diminuição da importância atribuída

aos recursos de natureza extraordinária. “Se o problema é a demora para julgamento, que se criem meios de, respeitando as regras processuais, acelerar o julgamento; não é crível que se prenda alguém ao argumento de que há uma (de) mora no julgamento dos chamados recursos nobres” (EL HERICHE, 2016). Os autores frisam ainda que “a execução provisória, tão útil no campo civil (extrapenal), parece ser verdadeira aberração no Direito Penal. Basicamente porque o processo penal cuida de dois bens irrecuperáveis: o tempo e a liberdade” (EL HERICHE, 2016).

Já segundo Bitencourt, o STF, ao permitir a execução antecipada da sentença condenatória, mesmo pendentes recursos de natureza extraordinária, ignorou os tratados internacionais recepcionados pela ordem constitucional vigente, bem como o postulado constitucional da presunção de inocência.

Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a página mais negra de sua história ao negar vigência de texto constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória (BITENCOURT, 2016).

CONCLUSÃO

A toda evidência, do ponto de vista social, temos que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao permitir a execução provisória de condenação criminal chancelada pelo segundo grau de jurisdição, teve por objetivo conferir autoridade e prestígio às instâncias ordinárias, porquanto, em inúmeros casos, o condenado lançava mão de vários recursos endereçados aos tribunais superiores justamente para procrastinar o andamento da ação penal e, desta forma, adiar o início da execução da pena e obter eventual prescrição da pretensão punitiva ou até executória.

Um exemplo claro disso é o caso do ex-senador da República Luiz Estevão de Oliveira Neto, acusado de participar de desvio de dinheiro envolvendo obras do Fórum Trabalhista de São Paulo/SP, na década de 1990. Após a sentença absolutória, proferida em 26.06.02, houve recurso do Ministério Público Federal ao Tribunal Regional Federal, o qual foi provido em 03.05.2006, para condenar o ex-senador à pena de trinta e um anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelos crimes

de peculato-desvio, estelionato qualificado em continuidade delitiva, corrupção ativa, uso de documento falso e quadrilha ou bando.

Ocorre que, desde a condenação de segunda instância, superada a análise fática e formada a culpa, foram interpostos trinta e quatro recursos/impugnações pela defesa de Luiz Estevão, apenas visando à exaustiva análise de matéria de direito e legalidade, circunstâncias essas que ensejaram a prescrição da pretensão punitiva, na data de 03.05.14, em relação aos crimes de formação de quadrilha e uso de documento falso.

Portanto, sob a perspectiva da efetividade do sistema penal, claramente, não há dúvida de que a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 126.292/SP merece elogios.

Por outro lado, ao se verificar que o princípio da presunção de inocência é a baliza mestra da aplicação do *jus puniendi* estatal, sob uma ótica estritamente constitucional, conclui-se que esse atual entendimento do STF afronta a literalidade do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois, da leitura do aludido enunciado normativo, observando-se seus limites semânticos, extrai-se, sem maiores elucubrações, que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado de édito penal condenatório, logo, ao tentar reescrever o postulado constitucional da presunção de inocência, o STF se sub-rogou no papel do legislador constituinte, o que nos parece deveras temerário para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, César Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cesar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 07.mar.2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 07.mar.2016

EL HERICHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Decisão do Supremo é mais um capítulo do direito penal de emergência**. Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 07.mar.2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. *In* SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Consultor Jurídico . Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n.º 70.662/RN**. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94

_____. **HC n.º 71.723/SP**. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95

_____. **HC n.º 79.814/SP**. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00

_____. **HC n.º 80.174/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02

_____. **RHC n.º 84.846/RS**. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04a

_____. **RHC n.º 85.024/RJ**. Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04b

_____. **HC n.º 84.587/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 19.11.04c

_____. **HC n.º 85.886/RJ**. Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 06.09.05, publicado em 28.10.05a

_____. **HC n.º 84.741/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 07.12.04, publicado em 18.02.05b

_____. **HC n.º 84.859/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 14.12.04, publicado em 13.05.05c

_____. **HC n.º 85.289/SP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 22.02.05, publicado em 11.03.05d

_____. **HC n.º 88.413/MG**. Rel. Min. Cezar Peluso. Primeira Turma, julgado em 23.05.06, publicado em 09.06.06a

_____. **HC n.º 86.498/PR**. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 18.04.06, publicado em 19.05.06b

_____. **HC n.º 88.741/PR**. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 23.05.06, publicado em 04.08.06c

_____. **HC n.º 91.675/PR**. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07

_____. **HC n.º 84.078/MG**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05.02.09, publicado em 26.02.10

_____. **HC n.º 126.292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16