

Introdução

Cuida-se de trabalho acadêmico que tem como objetivo específico responder à seguinte indagação: A execução da pena privativa de liberdade confirmada em 2º grau de jurisdição é compatível com o princípio da presunção de inocência, tal como estatuído no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988¹? Para tanto, fez-se uma pesquisa descritivo-analítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como marco inicial o Habeas Corpus (HC) nº 84.078-MG, julgado em 05 de fevereiro de 2009, relatado pelo Ministro Eros Grau, (STF, 2009), empregando-se os métodos de abordagem dialético e sistêmico.

Desde um enfoque sistemático-teleológico da CFB/88, procurou-se fugir dos paroxismos não raras vezes desencadeados pela interpretação puramente gramatical do texto constitucional. Ademais, confrontando-se a presunção de inocência com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, procedeu-se à ponderação dos princípios colidentes² de acordo com a máxima da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy (2011, p. 149).

1. Exposição da problemática

A recente democracia brasileira pode ser dividida em dois períodos bem distintos: o antes de 1988, em que imperava o estado de exceção sob o comando da Emenda Constitucional (EC) nº 01/69, e o pós 1988, quando inaugurou-se a ordem constitucional hoje vigente, sob a égide da CFB/88.

Ao longo dos primeiros vinte anos de vigência da CFB/88, a jurisprudência do STF manteve-se coerente com a ideia segundo a qual o postulado da presunção de inocência não obstava a execução imediata da sentença penal condenatória mantida em sede de apelação, reputando-se, àquela época, constitucional o disposto no art. 637 do Código de Processo Penal (CPP)³, assim como o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/90⁴. Aquele entendimento ancorava-se na premissa fundamental de que os recursos especial e extraordinário não eram dotados do efeito

¹ “Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

² Isto é, entre a presunção de inocência e a proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, este último como expressão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

³ “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. (BRASIL, 1941).

⁴ “Art. 27 [...] § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Esta disposição foi substituída pelo disposto no art. 955 do CPC/15, com a seguinte redação: “Art. 955. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

suspensivo⁵. De fato, como a decisão soberana a respeito da autoria e da materialidade dos fatos imputados ao réu, é dizer, de sua culpabilidade, exauria-se nas instâncias ordinárias, afigurava-se ilógico se estender o preceito da não-culpabilidade a uma etapa procedimental em que aquela (culpabilidade) já não mais estava em jogo, precisamente porque nas instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF) são discutidas, exclusivamente, as questões de direito federal e constitucional que transcendam aos interesses subjetivos das partes litigantes⁶.

Neste sentido, corroborando inúmeros julgados sobre o tema⁷, o STF editou duas súmulas nas quais confirmava, expressamente, a viabilidade da execução provisória da pena:

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

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

Este panorama perdurou até 05 de fevereiro de 2009, data em que a Suprema Corte, num “giro hermenêutico”, passou a condicionar a execução das penas privativas de liberdade ao trânsito em julgado da correspondente sentença penal condenatória; isto se deu a partir do acórdão paradigmático relatado pelo Ministro Eros Grau, cujo aresto traz a seguinte narrativa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 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. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 3. [...]. (STF – Pleno – HC nº 84.078-MG, j. 05/02/2009, relator Ministro Eros Grau, publicação DJE de 26/02/2010). (STF, 2009).

A mudança do paradigma então imperante, obtida pela escassa maioria de 7 x 4 votos, já nasceu impregnada de forte resistência, inclusive no âmbito do próprio STF, onde os ministros dissidentes fizeram questão de expressar pontos de vista diametralmente opostos ao

⁵ Como se pode inferir da leitura do voto do Ministro Teori Zavascki no HC nº 126.292-SP. (STF, 2016a).

⁶ “[...] Tanto é assim que o art. 102, §3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal”. (STF, 2016b).

⁷ Conforme precedentes elencados no voto do Ministro Teori Zavascki, no HC nº 126.292-SP. (STF, 2016a).

do relator⁸, Ministro Eros Grau, os quais foram assim sintetizados por Flávia Pessoa e Aline Cardoso:

- a) Segundo a Ministra Ellen Gracie, esse novo julgamento desprotege a sociedade e apaga 20 anos de jurisprudência firmada em sentido contrário pelo antigo STF.
- b) Artigo 27, §2º da lei 8.038/90 (esta lei institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal), in verbis: § 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.
- c) Súmula 267 do STJ, in verbis: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.
- d) Artigo 637 do CPP, in verbis: 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.
- e) O esgotamento da matéria penal de fato ocorre nas instâncias ordinárias e os recursos encaminhados ao STF e ao STJ não possuem efeito suspensivo (Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa), o que torna difícil, quase impossível, a reforma de uma condenação.
- f) Em habeas corpus, o réu pode tranquilamente demonstrar a plausibilidade de não ser preso na fase do recurso especial e do recurso extraordinário.
- g) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário) não assegura o direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil. Além disso, nenhum país possui tantas vias recursais quanto o Brasil (Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie). Já Joaquim Barbosa asseverou que “nenhum outro país é tão generoso em oportunidades para criminosos”.
- h) O Ministro Menezes Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França, alguns dos países mais democráticos do mundo, como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau.
- i) A execução provisória da sentença condenatória serve para proteger o próprio réu e sua família.
- j) O atual STF não tem condições de julgar rapidamente o Recurso Extraordinário Criminal e, devido a isso, os grandes criminosos ficam em liberdade, violando, destarte, outros tão importantes princípios constitucionais, os da efetividade e razoabilidade do processo.
- l) Tal iniciativa abre precedentes para que milhares de presos voltem à sociedade, garantindo a liberdade a inúmeros condenados que por muitos anos usaram recursos protelatórios (posto que apenas uma pequena parte dos recursos resulta na reversão da condenação). O Ministro Joaquim Barbosa disse que a decisão permitiria que os bandidos recorressem indefinidamente, com único objetivo de adiar o início do cumprimento da pena.
- m) Esse novo entendimento provocará uma maior impunidade devido à morosidade da justiça e às “brechas processuais” que permitem a utilização de uma grande variedade de recursos. De acordo com Joaquim Barbosa, está-se “criando um sistema penal do tipo faz-de-conta. Se tivermos que esperar os deslocamentos de todos os recursos, o processo jamais chegará ao fim”. Já Ellen Gracie sustentou que “aguardar que a prisão só ocorra após o trânsito em julgado é inconcebível. A vencer essa tese, nenhuma prisão seria feita no Brasil”.
- n) Por fim, O Ministro Alberto Direito alegou que “de agora em diante até os réus confessos terão direito a viver em liberdade enquanto seus recursos não chegarem ao STF. (PESSOA; CARDOSO, 2009).

⁸ Pontos de vista estes que, poucos anos depois, viriam a prevalecer no âmbito do próprio STF: HC nº 126.292-SP, relator Ministro Teori Zavascki. (STF, 2016a).

A novel orientação prevaleceu até 17 de fevereiro de 2016, quando, igualmente pela escassa maioria de 6 x 5 votos, o STF voltou sobre seus próprios passos para, reinterpretando a presunção de inocência de forma contextualizada com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, assentar a constitucionalidade da execução provisória da pena confirmada em 2º grau de jurisdição, conforme se extrai da ementa do acórdão exarado no HC nº 126.292-SP, relator Ministro Teori Zavascki:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF – Pleno - HC nº 126.292-SP, de 17/02/2016, relator Ministro Teori Zavascki, publicação no DJE de 17/05/2016). (STF, 2016a).

O novo-velho entendimento do STF, como era de se esperar, igualmente recebeu críticas e louvores dos mais variados matizes, o que fez com que o tema voltasse à tona na esfera do pedido de Medida Cautelar (MC) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43-DF e 44-DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, em cuja sede a Suprema Corte corroborou o entendimento já consagrado no HC nº 126.292-SP, declarando a constitucionalidade da prisão decorrente de condenação confirmada em 2º grau de jurisdição. (STF, 2016b).

2. Compatibilidade da presunção de inocência com a execução da condenação confirmada em 2º grau de jurisdição

Retrocedendo-se na análise da temática em questão, é possível se verificar que o voto do relator do Habeas Corpus (HC) nº 84.078-MG, Ministro Eros Grau, ancorou-se em três premissas fundamentais: i) que a Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto a Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ii) que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP; iii) que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. (STF, 2009).

Esta compreensão é fruto, *permissa venia*, de uma visão estreita do texto constitucional. Com efeito, valorando, isoladamente, o preceito que assegura a presunção de

inocência, o relator desconsiderou outros valores igualmente albergados no texto constitucional, dentre os quais – e principalmente – aquele que garante a proteção eficiente dos direitos fundamentais: é dizer, de *todos* os direitos fundamentais, e não apenas da presunção de inocência.

Assim, apegando-se à literalidade do texto constitucional, o relator passou ao largo de outros vetores constitucionais, de igual importância e dignidade, como bem pontuado pelo Ministro Edson Fachin, quando assim asseverou:

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (STF, 2016b).

Aliás, não deixa de ser irônico que a concepção estritamente literal do texto legal, levada a efeito pelo douto relator, ignorou o fato de que a interpretação do direito desenrola-se no domínio de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional, como ele próprio preleciona:

[...] não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. //A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. [...] // A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional. (GRAU, 2016, p. 86).

Todavia, a crítica de fundo que se faz ao voto de Eros Grau tem como ponto fulcral o fato dele haver ignorado que o Estado de Direito, ao avocar para si o monopólio da jurisdição, criminalizando a justiça de mãos próprias⁹, fez emergir, em contrapartida, um direito fundamental em favor da vítima, do ofendido, enfim, da própria sociedade, que consiste na tutela jurisdicional efetiva, emoldurando um anseio coletivo de equilíbrio e de Justiça, na linha daquilo que Paul Ricoeur coloca como:

[...] o ato fundamental pelo qual se pode dizer que a justiça é alicerçada numa sociedade é aquele pelo qual o ordenamento jurídico priva os indivíduos do direito e do poder de fazer justiça com as próprias mãos – o ato pelo qual o poder público

⁹ “Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”. (BRASIL, 1941).

confisca para si mesmo esse poder de proferir e aplicar o direito. (RICOEUR, 2008a, p. 179).

Esse direito fundamental, que emerge diretamente da previsão contida no art. 5º, inc. XXXV, da CFB/88¹⁰, impede que a aplicação da lei ao caso concreto se torne inexecutável, isto é, que ao réu seja assegurado um *status* jurídico de tal envergadura que acabe por esvaziar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹¹, seja pela ocorrência da prescrição, seja pela procrastinação da execução da pena ao ponto de torná-la incompatível com os fins que a legitimam.

Neste sentido, Marinoni e Arenhart destacam que o Estado, por sua relevância social e jurídica, tem o poder de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, além de ter o poder-dever de prover tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. (MARIONI; ARENHART, 2008, p. 21).

Esse direito fundamental está especialmente interconectado com a ideia de que a Constituição Federal traz em seu âmago a exigência de *proteção eficiente* aos direitos fundamentais, tal como exposto, com absoluta propriedade, no voto do Ministro Edson Fachin (relator da ADC nº 44-DF), segundo o qual o Estado procura albergar a tutela dos direitos fundamentais também pela via do direito penal. Em consequência, tendo a Carta Magna eleito o direito penal dentre os instrumentos de defesa dos direitos fundamentais, não se concebe uma interpretação dos preceitos constitucionais de forma colidente com os valores explícita e implicitamente albergados no seio da própria Constituição:

A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (RE 418.376-5-MS, relator p/acordão: Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 05/02/2006, DJe: 23.03.2007). (STF, 2016b).

Para o Ministro Fachin, a busca pela racionalidade do sistema penal passa, necessariamente, pela compreensão dos direitos humanos também sob a perspectiva do princípio da proibição de proteção deficiente, em razão do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), desde o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus*

¹⁰ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

¹¹ “Se pudessemos 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”, caso em que “[...] estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias”. (STF, 2016b).

Honduras, assentou que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência. (STF, 2016b).

Portanto, a despeito de sua grande relevância como conquista civilizatória da humanidade, o primado da presunção de inocência não pode, em absoluto, conduzir ao esvaziamento da jurisdição, tornando-a letra morta; ao revés, sua aplicação deve ser compatibilizada com o direito fundamental à jurisdição efetiva, segundo a máxima da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy¹²: submetendo-se à máxima da ponderação, a presunção de inocência terá primazia sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva apenas até o instante em que a culpabilidade do réu não esteja estabelecida¹³, vale dizer, enquanto não houver decisão definitiva sobre a autoria e a materialidade dos fatos imputados na denúncia, pois, como bem colocado por Eduardo Espínola Filho:

[...] a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa. (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 436).

Essa opinião é compartilhada por Gilmar Mendes, para quem:

[...] é natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (MENDES, 2016).

Em suma, Gilmar Mendes conclui que, embora a presunção de não-culpabilidade encerre um direito fundamental, impondo o ônus da prova à acusação e impedindo o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, este princípio:

[...] não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. (MENDES, 2016).

De realçar que a ponderação de princípios fundamentais colidentes tem apoio nos estudos desenvolvidos pelo jurista alemão Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais são construídos em princípios, ou seja, como comandos de otimização, e não como regras¹⁴.

¹² “A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, segue-se logicamente da definição de princípios, e esta se segue daquela. Isso significa, então, que se os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios, a máxima da proporcionalidade vale, e que, se a máxima da proporcionalidade vale na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios”. (ALEXY, 2011, p. 149).

¹³ Como, aliás, se dá no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em cujos instrumentos normativos exige-se, tão-somente, a comprovação legal da culpa, e não o trânsito em julgado da condenação: (CADHP, 1981); (CE, 1950); (OEA, 1966); (OEA, 1969).

¹⁴ “Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Neste sentido elas são *comandos definitivos*. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas”. (ALEXY, 2011, p. 146 – destaques no original).

Assim, diferentemente das regras, cuja colisão, por sua textura fechada, submetem-se às vicissitudes do tudo ou nada, a colisão de princípios fundamentais resolve-se pela ponderação de princípios¹⁵, de acordo com a máxima da proporcionalidade. (ALEXY, 2011, p. 149).

Com base em tais premissas, deve-se entender que o princípio da presunção de inocência não pode – como, de resto, nenhum outro direito fundamental albergado no texto constitucional – ser interpretado isoladamente, de forma descontextualizada dos demais valores fundamentais albergados explícita e implicitamente no texto constitucional; ao revés, considerando-se como verdadeira a premissa de que os princípios são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, estas últimas determinadas, essencialmente, por princípios opostos, parece intuitivo concluir-se que a contenção do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não poderá subsistir quando a culpabilidade do réu já não mais estiver em jogo na arena processual, não obstante a possibilidade de recursos às instâncias especial e extraordinária.

Neste cenário, terá aplicabilidade o princípio de maior peso, sem que isso signifique a invalidação ou a revogação do princípio que cedeu lugar, cuja incidência ficará, momentânea e conjunturalmente, afastada. Não há razão alguma para dar-se, *a priori*, precedência a um determinado princípio em detrimento dos demais, conforme sustentando por Alexy no teorema da colisão de princípios, idealizado a partir da fórmula criada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no sentido de que:

[...] também direitos fundamentais garantidos sem reserva podem ser restringidos a favor de direitos fundamentais colidentes de terceiros e de outros valores jurídicos que possuem nível constitucional. (ALEXY, 2011, p. 141).

Portanto, procedendo-se à leitura da presunção de inocência de forma contextualizada com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao primado da proteção eficiente do direito penal, chega-se à inarredável conclusão de que, em nosso sistema jurídico, a execução da pena só poderá ocorrer a partir da decisão confirmatória de 2ª instância, uma vez que, antes desse evento, o *jus puniendi* estatal estará bloqueado pela referida presunção; entretanto, confirmada que seja a culpabilidade do réu, com observância do devido processo legal substancial, a presunção de inocência se inverte e a execução da pena passa a

¹⁵ “[...] Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, comandados de otimização. Enquanto tais, eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por regras e essencialmente por princípios opostos”. (ALEXY, 2011, p. 146).

configurar um poder-dever indeclinável da jurisdição¹⁶, sob pena de deslegitimar-se o monopólio que o Estado detém desta, abrindo-se as trincheiras da indesejável justiça de mãos próprias¹⁷.

3. Conclusões

A base argumentativa que sustenta a subsistência da presunção de inocência para além da decisão do 2º grau de jurisdição reside, fundamentalmente, numa interpretação a um só tempo literal e descontextualizada da cláusula contida no art. 5º, inc. LVII, da CFB/88.

De fato, ignora-se que o bem jurídico que se visa tutelar é a presunção de não-culpabilidade, o que implica na preservação do estado de inocência apenas e tão-somente enquanto não houver culpa formada¹⁸. Acontece, porém, que esta discussão encerra-se em 2º grau de jurisdição, com a decisão soberana das instâncias ordinárias relativamente à autoria e à materialidade do(s) fato(s) imputado(s) na denúncia; nada mais coerente do que, havendo confirmação da sentença penal condenatória em 2º grau de jurisdição, a presunção de inocência ceder lugar ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Isso fica bem evidente quando se considera que, tanto no recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto no recurso extraordinário ao STF, são ventiladas, exclusivamente, questões federais e constitucionais que transcendem aos interesses particulares veiculados na causa, não sendo outra a razão pela qual nenhum dos meios impugnativos em tela é dotado de efeito suspensivo.

Aliás, se é para interpretar a Constituição da República de forma literal e descontextualizada, vale frisar que a dicção puramente semântica da presunção de inocência, em momento algum, obsta a prisão do réu, tampouco a execução da pena durante o curso processo; impede-se, apenas, *que se repute, definitivamente, culpado* aquele sobre o qual não pesa decisão transitada em julgado. Mas, frise-se que a execução da pena não tem por

¹⁶ Uma vez que os direitos fundamentais garantidos sem reserva – como o é, inquestionavelmente, o caso da presunção de inocência - podem ser restringidos a favor de direitos fundamentais colidentes de terceiros e de outros valores jurídicos que possuem nível constitucional. (ALEXY, 2011, p. 141).

¹⁷ Em alusão à metáfora do “porrete”, lançada no voto do Ministro Eros Grau (STF, 2009), pode-se pensar que a indulgência dos agentes do Estado para com os condenados pela Justiça, para além de constituir grave violação dos direitos humanos das pessoas vitimadas, conduzir-nos-ia a um estado de natureza, onde cada um se sentiria tentado a fazer “justiça” com o seu “porrete”, segundo a lei dos mais forte.

¹⁸ Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”. (STF, 2009).

pressuposto, necessariamente, uma culpa definitiva, satisfazendo-se, perfeitamente – no Brasil e em todo o resto do mundo dito civilizado - com a culpa provisória, isto é, aquela ainda pendente de eventual revisão.

Até porque, condicionar-se a execução da pena a uma culpa definitiva, implicaria, em última instância, em inviabilizar o *jus puniendi* estatal, já que mesmo a decisão transitada em julgado pode ser sempre objeto de revisão criminal (art. 622 do CPP)¹⁹, de forma que a possibilidade de erro judiciário não desaparece com o mero trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, Teori Zavascki lembra que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo, isto porque:

[...] em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. (STF, 2016c).

Esse entendimento, ademais, parece coadunar-se com o que ocorre no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), em cujos domínios, desde o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰, passando pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem²² até a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos²³, não se exige o trânsito em julgado como condição para a execução da pena, mas apenas a *comprovação da culpa*, o que, no ordenamento jurídico brasileiro, se verifica na decisão de 2º grau, soberana na apreciação dos fatos e das provas, como destacado no voto do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

[...] o recurso extraordinário como nós bem sabemos, não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos, nem a reapreciar a prova. Ele se destina a discutir tão somente alguma questão de direito, de direito constitucional quando seja perante o Supremo, e de direito infraconstitucional quando seja perante o Superior Tribunal de Justiça. Mas a materialidade e a autoria já foram demonstradas no primeiro e no segundo grau. (STF, 2016a).

¹⁹ “Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”. (BRASIL, 1941).

²⁰ “Art. 14 [...]. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. (ONU, 1966).

²¹ “Art. 8º, item 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (OEA, 1969).

²² “Art. 6º, item 2- Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. (CE, 1950).

²³ “Art. 7º. 1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] 2. O direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente”. (CADHP, 1981).

Não se olvida, entretanto, que um percentual mínimo de recursos pode vir a ser provido na esfera dos recursos especial e extraordinário, ensejando a absolvição do réu em face de circunstâncias excepcionais, tais como o reconhecimento da atipicidade da conduta imputada ou a inconstitucionalidade da lei penal incriminadora. (CANÁRIO, 2016). Essa circunstância, no entanto, não tem o condão de proscrever o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Antes, é um preço a se pagar em nome da segurança jurídica que se alcança com a harmonização de princípios constitucionais colidentes; não se pode, sem graves consequências jurídicas e sociais, privilegiar, demasiadamente, qualquer um deles, bastando se considerar que, quando a presunção de inocência é alçada às últimas consequências, fomenta-se um quadro de impunidade cujo produto final é a disseminação da *justiça de mãos próprias*, comprometendo-se, seriamente, o ideal ricoeuriano de se viver bem, para e com os outros, em instituições justas, isto pela simples razão de que:

“[...] a vida em sociedade abre um espaço imenso e às vezes aterrorizante a conflitos de todos os tipos que afetam todos os níveis dos relacionamentos humanos em termos de interesses, crenças, convicções. Ora, esses conflitos tendem a expressar-se por violências de todos os tipos, que vão do assassinato à traição da palavra dada. (RICOEUR, 2008b, p. 266).

Isto fica evidente quando se observa a situação vivenciada pela Justiça brasileira na última quadra histórica²⁴, que chegou a ser surreal, para não dizer calamitosa, com crimes bárbaros cuja punição não veio no tempo devido – quando não ficaram impunes pela prescrição - como foi o caso emblemático do Jornalista Pimenta Neves, que assassinou, tragicamente, sua então namorada Sandra Gomides. Depois de 11 anos de idas e vindas, o réu passou 2 anos e 4 meses em regime fechado, obtendo o regime semiaberto por bom comportamento. (COMPROMISSO E ATITUDE, 2014).

Melhor sorte teve o senhor Fernando Brandini Barbagalo, coincidentemente, réu da ação penal relativa ao HC nº 84.078-MG (STF, 2009), cuja impunidade foi solenemente assegurada pela ocorrência da prescrição da pretensão executória, conforme dados levantados pelo Ministro Teori Zavascki junto ao STJ. (STF, 2016c).

Um outro exemplo, de como a exigência do trânsito em julgado para execução da pena contribui para o descrédito das instituições judiciárias, foi trazido pelo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, na mesma sessão em que foi julgado o HC nº 126.292-SP, que pode ser assim resumido: um homicídio cometido no longínquo ano de 1991 e que, à mercê de quase duas dezenas de recursos interpostos pelo réu, todos com objetivo indiscutivelmente

²⁴ Sob a égide da visão absolutista da presunção de inocência.

procrastinatório, não havia sido concluído, embora já passados 25 anos desde a data do crime. (STF, 2016a). Neste contexto, cabe questionar-se se o Judiciário brasileiro, ao elevar a presunção de inocência às últimas consequências, não estaria, em última instância, assegurando um padrão de impunidade sem qualquer parâmetro nas nações civilizadas, ao ponto de provocar a indignação da Ministra do STF, Ellen Grace Northfleet, quando vaticinou 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. (STF, 2009).

De fato, segundo levantamento contido no voto do Ministro Teori Zavascki, em nenhum país do mundo dito civilizado a execução da pena fica à mercê de referendo da Corte Suprema; ao revés, ou se executa a pena após o duplo grau de jurisdição, ou logo após a sentença de primeira instância, como é o caso mais notório dos Estados Unidos da América. (STF, 2016a).

Neste contexto, destaca-se a destemida posição do Ministro Barroso, para quem a exigência do trânsito em julgado, como condição para a execução da pena privativa de liberdade, trouxe consigo três consequências deletérias: i) a primeira foi incentivar a infundável interposição de recursos protelatórios, com o único objetivo de obstar a execução da pena e, eventualmente, assegurar-se a impunidade, pela prescrição; ii) a segunda consistiu em reforçar a seletividade do sistema penal, favorecendo réus abastados, os únicos que têm condições financeiras de recorrer a todas as instâncias. Já a terceira consequência foi iii) o de contribuir, significativamente, para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. (CANÁRIO, 2016).

De todo o exposto, conclui-se pela compatibilidade da execução da sentença penal condenatória confirmada em 2º grau de jurisdição com a presunção de inocência, ante os motivos abaixo sintetizados:

A presunção de inocência não tem caráter absoluto, devendo ser interpretada em consonância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que constitui ponto cardeal de um Estado de Direito.

Em consequência, a presunção de inocência cederá lugar a partir do instante em que a culpa do réu for estabelecida pela decisão soberana dos graus ordinários de jurisdição, independentemente do trânsito em julgado do *decisum* condenatório.

A execução da pena não tem por pressuposto necessário a culpa definitiva do réu, contentando-se com a culpa provisória, como se dá na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, inclusive no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A possibilidade de erro judiciário não contradiz a sentença anterior, já que o risco é inerente à atividade jurisdicional do Estado, sem qualquer exceção. Destarte, a possibilidade de erro não desaparece com o trânsito em julgado da condenação, ainda quando confirmada pela Suprema Corte do país.

Alçar a presunção de inocência às últimas consequências implicaria em negação do *jus puniendi* estatal, fomentando a impunidade e, por consequência, a justiça de mãos próprias, com graves danos à paz social, em sentido diametralmente oposto aos fins da jurisdição, que é, exatamente, o de pacificar com justiça.

Por fim, propugna-se por um ponto de equilíbrio que, sem qualquer compromisso com as extremadas posições de impunidade *versus* punibilidade exacerbada, assegure a presunção de inocência até o momento em que a culpabilidade do réu for estabelecida pelas instâncias judiciais ordinárias, quando deverá entrar em cena o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tal como prometida pelo Estado de Direito, como contrapartida ao confisco da justiça de mãos próprias. Só assim, estarão definitivamente abolidos, da sociedade brasileira, os indesejáveis reinos tanto da barbárie, onde impera a “justiça de mãos próprias”, quanto da impunidade, no qual a presunção de inocência, levada às últimas consequências, coloca o *jus puniendi* estatal à mercê do próprio réu²⁵.

²⁵ “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”, caso em que “[...] estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias”. (STF, 2016b).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organização e Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro/RJ: 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 27.mai.2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro/RJ: 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em: 05.out.2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 27.mai.2017.

CANÁRIO, Pedro. Apenas 0,035% dos recursos ao Supremo absolveram réus, aponta Barroso. Brasília/DF: 11 de maio de 2016. Revista Eletrônica Consultor Jurídica. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-11/apenas-0035-recursos-stf-absolveram-reus-barroso>>. Acessado em: 02.jan.2017.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (CADHP). **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Nairóbi, Quênia: 28 de junho de 1981. Disponível em <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr>>. Acessado em: 31.dez.2016.

COMPROMISSO E ATITUDE. **O assassinato de Sandra Gomide por Pimenta Neves**. Matéria publicada em: 27/05/2014. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-assassinato-de-sandra-gomide-por-pimenta-neves/>. Acessado em: 02.jan.2017.

CONSELHO DA EUROPA (CE). Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, aos 04 de novembro de 1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acessado em: 31.dez.2016.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseler, 2000, Volume III.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil. Vol. 4: Processo Cautelar**. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acessado em: 31.dez.2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisariado. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acessado em: 12.mai.2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: em 22/11/ 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acessado em: 31.dez.2016.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: A Justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **O Justo 2: Justiça e Verdade e outros estudos**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus (HC) nº 84.078-MG** – Tribunal Pleno. Impetrante/Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator Ministro Eros Grau. Brasília/DF: 2009. Publicação: DJe de 26/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acessado em: 28.dez.2016.

_____. **Habeas Corpus (HC) nº 126.292-SP** – Tribunal Pleno. Impetrante: Marcio Rodrigues Dantas. Paciente: Maria Claudia de Seixas. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF: 2016a. Publicação: DJe de 17/05/2016. <Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em: 28.dez.2016.

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44 – DF. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin** – Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília/DF: 2016b. Publicação: DJe nº 216, de 07/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acessado em: 28.dez.2016.

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44 – DF. Inteiro teor do voto do Ministro Teori Zavascki** – Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília/DF: 2016c. Publicação: DJE nº 216, de 07/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>>. Acessado em: 02.jan.2017.

PESSOA, Aline. CARDOSO, Flávia. O Julgamento pelo STR do HC 84.078-7: Uma Exegese à Luz da Análise Crítica do Discurso. **Evocati Revista nº 41**, maio de 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=328>. Acessado em: 28.dez.2016.