

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE À LUZ DO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

*Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya*⁸⁸

*Tony Robson da Silva*⁸⁹

Recebido em: 22/10/2019

Aprovado em: 06/02/2020

RESUMO

A presunção de inocência, além de protegida pela Constituição Federal do Brasil, é assegurada por tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. Neste artigo, tratou-se de pesquisar sobre o posicionamento das cortes supranacionais de Direitos Humanos acerca deste tema e se o novo posicionamento da Corte brasileira fere tal princípio, incluindo os mandamentos constitucionais da Constituição de 1988. Após a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução provisória da pena de privação de liberdade quando confirmada a condenação em grau de apelação, em decisão proferida no Habeas Corpus nº 126.292/SP, muitas discussões surgiram acerca da possível violação do princípio da inocência. Para tanto, através de pesquisa bibliográfica em doutrina e jurisprudência, utilizou-se abordagem dedutiva na pesquisa. A partir disso, chegou-se à conclusão de que a Suprema Corte brasileira restringiu direitos garantidos constitucionalmente, à medida em que não observou o alargamento da presunção de inocência conferido pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Cortes internacionais de Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

⁸⁸ Professora Doutora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

⁸⁹ Professor Auxiliar na Estácio Natal. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Este trabalho abordará a problemática envolvendo o princípio da presunção de inocência e o recolhimento de uma pessoa que sofreu condenação antes do efetivo trânsito em julgado da sentença no Brasil.

A controvérsia envolvendo esta questão é antiga, a Suprema Corte brasileira, instada a se manifestar sobre o tema, já mudou o seu posicionamento duas vezes, quando ao julgar os *Habeas Corpus (HC)* n.º 84.078/MG e *HC* n.º 126.292 considerou a impossibilidade de recolher à prisão o condenado que ainda não teve a pena transitada em julgado e em seguida permitindo a execução da pena, mesmo pendente o julgamento de recursos nas cortes superiores.

Considerando a sempre apertada margem de decisão no Supremo Tribunal Federal - STF, percebe-se que estamos diante de um caso que divide a Corte e até mesmo a população do país, motivo pelo qual se faz importante debater este tema.

Neste sentido, se faz imperioso indagar sobre a conformidade constitucional do entendimento da Suprema Corte e se o recolhimento do apenado, pendente o julgamento de recurso Especial e/ou Extraordinário fere os Direitos Humanos consagrados e defendidos pelo nosso Estado.

Não menos importante, a indagação sobre a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal permite também prever a possibilidade de responsabilização internacional do Brasil por possível descumprimento a tratado internacional ou de direitos humanos previsto em nossa Constituição, vez que foi realizada denúncia junto ao Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU.

Por se tratar de latente discussão acerca do possível descumprimento de preceito constitucional protegido também por acordos internacionais, a presente análise visa estudar o entendimento de tribunais internacionais sobre esta temática, e se mostra de grande importância para o estudo da proteção dos direitos humanos pela Suprema Corte brasileira.

O que se busca é, utilizando abordagem dedutiva, estudar o entendimento das cortes supranacionais de direitos humanos e se o novo entendimento do STF está em desacordo com os tratados internacionais e a Carta de 1988.

Para alcançar tal objetivo, este trabalho abordará breve histórico do referido princípio, bem como apresentará tópico que cuidará da presunção de inocência nos tribunais internacionais e no ordenamento brasileiro.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência tem inspiração histórica ainda do tempo do império romano, época em que foram editados alguns preceitos para balizar os julgamentos em favor do réu, embora sem inscrição direta nos textos jurídicos da época.

Segundo Maurício Zanoide de Moraes (MORAES, 2010, p. 57), o fragmento mais utilizado para indicar a origem da presunção de inocência foi escrito por Ulpiano⁹⁰.

Contudo, ainda segundo Moraes, embora constatada a existência desses preceitos em textos remotos, não se pode falar em presunção de inocência no direito romano, vez que tal princípio é incompatível com o sistema inquisitivo e acusatório então vigente.

Somente no período iluminista francês, observado o largo transcurso do tempo onde no direito da idade média a *presunção da culpa* era regra, pode-se observar a aparição de normas que indiquem os caminhos do princípio da presunção de inocência.

Os reformadores iluministas observaram que o espírito inquisitivo medieval utilizava do processo penal como instrumento do exercício do poder político do Estado para cassar e punir (injustamente) seus opositores, motivo pelo qual voltaram seus olhares para promover importante e fundamental reforma no sistema criminal (MORAES, 2010, p. 106).

Neste sentido, foi somente em 1789 que a expressão *presunção de inocência* teve sua inscrição feita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos moldes até hoje utilizados.

Contudo, até à chegada do século XX, que trouxe os regimes fascista, nazista, franquista e salazarista de cunho racistas e despóticos, a inscrição da presunção de inocência na Constituição francesa não havia efetivado as garantias necessárias à proteção ao cidadão comum.

Após as barbaridades promovidas por estes regimes e as milhões de mortes da segunda guerra mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a criação da Organização das Nações Unidas – como organismo internacional para garantir “universalidade” na garantia dos direitos fundamentais e seu necessário controle – o princípio da presunção de inocência ganha força para adentrar na esfera interna dos Estados.

⁹⁰ Eneu Domício Ulpiano, jurista romano, 150-228 d.c. Ulpiano; ‘Do Cargo de Proconsul, livro VII.’ – O Divino Trajano respondeu por reescrito a Julio Fronton, que se tratando de delitos não devia ser condenado um inocente. Mas o Divino Trajano respondeu por reescrito a Assíduo Severo, que tampouco devia ser condenado alguém por suspeitas; porque é melhor que se deixe impune o delito de um culpado, que condenar a um inocente.

Foi nesta baila que a estrutura do Estado Democrático de Direito existente no Brasil, e na maioria dos países do mundo, trouxe em seu arcabouço jurídico diversos direitos de proteção negativos, limitadores ao poder do Estado para resguardar a dignidade e os direitos humanos dos seus cidadãos.

Uma das diretrizes presentes é o princípio da inocência, que visa proteger o indivíduo de uma prévia condenação, devendo o Estado obedecer ao devido processo legal para, provada a acusação, considerar o acusado culpado.

Frente a escancarada violação à dignidade das pessoas durante o nefasto período nazifacista, o princípio da inocência é recolocado como das grandes conquistas sociais em defesa da dignidade da pessoa humana no mundo inteiro.

Neste sentido, o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Uma clara proteção ao cidadão em antítese aos regimes totalitários que, durante anos, impuseram precipitada culpa a seus cidadãos para dar ao Estado um poder punitivo opressor.

Como se verá mais a frente, a existência de um processo justo e que garanta ao acusado a revisão de uma possível pena condenatória é requisito essencial para a presunção da inocência.

O que se percebe é a intrínseca ligação do princípio da presunção de inocência ao princípio do duplo grau de jurisdição - garantia de revisão de uma pena condenatória por instância superior, reconhecido como direito essencial a manutenção da presunção de inocência.

A existência do princípio da inocência tanto na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º LVII, quanto em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, demonstra o apreço do legislador por este princípio que ocupa espaço garantista na ordem nacional.

A recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que passou a permitir a execução provisória da pena restritiva de liberdade, reacendeu a discussão acerca da possível violação deste princípio.

Esta mudança de entendimento foi baseada na considerável quantidade de recursos e o desarrazoado prazo para o trânsito em julgado de uma decisão condenatória, onde se alega que trouxe como consequência, em alguns casos, a falta de efetividade na aplicação da pena, seja pela sua inaplicabilidade por prescrição, seja pelo excessivo decurso de tempo entre o fato delitivo e a sua efetiva aplicação da penalidade.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A maioria dos pactos e acordos internacionais que versam sobre proteção a direitos fundamentais traz em seu bojo normativo a formação de órgãos para monitorar o cumprimento destes pelos países signatários (também chamados de *treaties bodies* em âmbito da ONU).

A Organização das Nações Unidas, por exemplo, conta atualmente com um complexo Sistema de Direitos Humanos composto por quatro organismos permanentes que, apesar de autônomos, trabalham interligados, quais sejam o Conselho de Direitos Humanos, o Procedimentos Especiais, os Organismos de Tratados da ONU e o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (PORTAL NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2018).

Neste ínterim, importante destacar o entendimento dos tribunais internacionais e órgãos de monitoramento quanto a questão do princípio da presunção de inocência para compreender, ao final, possível adequação das decisões dos tribunais brasileiros.

Pelo que se consta, o direito a uma ampla revisão da pena condenatória é garantia fundamental para assegurar o princípio da inocência.

Para o *Comité de Direitos Humanos da ONU*, responsável pelo monitoramento de cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a presunção de inocência deve estar resguardada até que haja confirmação da pena condenatória em sede de recurso, inclusive para os processos iniciados em última instância, no caso de quem tem prerrogativa de foro, conforme prescreve a Observação Geral nº 32 do referido comitê⁹¹.

Neste sentido, há entendimento pelo Comitê de que o Pacto é violado quando não há possibilidade de revisão de sentença condenatória, incluindo os casos que tenham sido iniciados em um tribunal de instância superior.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Tibi vs. Equador* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS, 2004), tratando sobre prisões cautelares, expôs sua opinião que a presunção de inocência é fundamento das demais garantias judiciais, devendo o

⁹¹ “El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior.” Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/GC/32&Lang=S

Estado buscar equilíbrio entre garantismo e eficiência durante o processo penal, sob pena de ensejar ilegal antecipação de cumprimento da pena.

No caso *Mohamed vs. Argentina*, o Estado argentino foi responsabilizado pela violação do direito ao duplo grau de jurisdição do Sr. Mohamed. Isto porque, absolvido em primeiro grau e condenado pelo órgão de segunda instância, o sistema processual argentino não lhe viabilizou, normativamente, um recurso ordinário, acessível e eficaz que permitisse a revisão dos fundamentos decisórios da condenação proferida pela primeira vez no segundo grau de jurisdição.

Este caso é emblemático uma vez que, por meio dele, a Corte Interamericana fixou as balizas do direito ao duplo grau de jurisdição. Segundo a Corte, para a efetivação desse direito, é necessária a observância de quatro elementos: a) o recurso deve ser eficiente; b) o recurso deve ser amplo, permitindo a reanálise de fatos e provas; c) o recurso deve ser ordinário; d) o recurso deve ser simples (PAIVA; ARAGON HEEMAN, 2015, pg. 164).

Neste sentido, resta claro que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vincula a presunção de inocência ao exercício do duplo grau de jurisdição, ao passo que este direito é considerado exercido apenas quando oportunizado, pelo sistema processual, um recurso ordinário contra decisão condenatória proferida pela primeira vez.

Embora não estando o Brasil vinculado a suas decisões, mas sendo de fundamental importância o seu estudo na seara acadêmica e doutrinária, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem prevê que a presunção de inocência perdura enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada, regulado pelo seu Protocolo nº 7⁹².

Entretanto, este Tribunal prevê casos onde pode se excepcionar o direito ao duplo grau de jurisdição. São eles: a) quando se tratar de infrações menores; b) quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição do país; c) ou quando for condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição, o que não é possível em se tratando da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁹² ARTIGO 2º Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal 1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. 2. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição. (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM).

Através da DIRETIVA (UE) 2016/43 do Parlamento Europeu e do Conselho, o referido órgão tratou de adotar o entendimento de que “os Estados-membros asseguram que o suspeito ou o arguido se presumem inocente enquanto a sua culpa não for provada nos termos da lei⁹³”.

O que se percebe da leitura dos entendimentos narrados é que as cortes exigem que à toda pessoa seja garantida a presunção da inocência até que sua culpa seja provada na forma da lei, contando que a pena condenatória tenha sido confirmada, após recurso, por órgão superior.

4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

4.1 Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é Signatário

Antes de adentrar a pesquisa das decisões da Suprema Corte brasileira, importa abordar neste tópico o que é estabelecido acerca do princípio da presunção de inocência nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que o Brasil é signatário.

Importa considerar que após sua ratificação e incorporação ao direito interno, os tratados internacionais assumem força normativa no direito do Estado. No Brasil, os tratados que versam sobre direitos humanos ganham força normativa supralegal, podendo ganhar grau hierárquico, com força de emenda constitucional, caso haja aprovação do tratado em rito semelhante ao das emendas constitucionais (CARREAU, 2016, pg. 654).

O princípio da presunção de inocência está presente no Direito Internacional há mais tempo que se imagina. A Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, resguardou em seu Art. 9º o status de inocência do acusado⁹⁴.

Neste sentido a Carta Internacional de Direitos Humanos que compreende a Declaração Universal de 1948⁹⁵, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966⁹⁶ e o Pacto

⁹³ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=PT>. Acesso em 02/12/2018

⁹⁴ Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuar-la, deve ser severamente reprimido pela lei.

⁹⁵ Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945.

⁹⁶ Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966⁹⁷, traz declarada, entre outros, a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição umbilicalmente relacionados.

Esta relação sugere que somente será considerado culpado aquele que for condenado e tiver sua condenação confirmada por instância superior.

Destaque, também, para o art.11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, do qual o Brasil é signatário desde o início de sua formatação, que reza “toda a pessoa acusada de um delito penal tem o direito à presunção de inocência até legalmente provada a sua culpa em um processo público em que ele tem todas as garantias necessárias para a sua defesa”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, garante a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição em seu Art. 14, 5: “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

Ainda neste sentido, o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional⁹⁸, art.66, promulgado no Brasil em 25 de setembro de 2002 mediante o Decreto nº. 4.388, prevê garantia de presunção de inocência até que seja provada sua culpa perante o tribunal e direito aplicável⁹⁹.

Adentrando ao Direito Internacional regional a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto São José da Costa Rica, da qual o Brasil incorporou ao ordenamento pátrio por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, aduz, no seu art.8º, I primeira parte que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” e em seu artigo 8.2.h assegura a todo cidadão acusado de um delito “o direito de recorrer da sentença a um juiz ou Tribunal superior”.

Pelo que não se pode negar, o Brasil é parte de diversos tratados internacionais de direitos humanos que asseguram, como princípio base, a presunção de inocência.

É imprescindível considerar que a presença do princípio da inocência em diversos tratados internacionais demonstra a preocupação do legislador internacional em garantir ao cidadão comum um processo justo, estritamente legal e não inquisitivo.

⁹⁷ Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

⁹⁸ Ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁹⁹ Art.66. Presunção de Inocência. 1. Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Da leitura destes, percebe-se, sem grande esforço, que para o direito internacional a presunção de inocência cessa quando, obedecido o devido processo legal e duplo grau de jurisdição, há prova de culpa perante o juízo.

4.2 A Presunção de Inocência como Garantia Constitucional

Em compasso à evolução mundial de proteção aos Direitos Humanos, o Constituinte originário trouxe na Constituição de 1988 a presunção de inocência como fundamento do Estado Democrático. Em seu Art. 5º, inciso LVII, a Carta de 88 prevê “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Percebe-se, então, que o constituinte garantiu privilegiado espaço na Constituição Federal para resguardar a presunção da inocência do acusado até o trânsito em julgado de processos penais.

Resta claro, pois, que assim como nos instrumentos internacionais já citados, a presunção de inocência foi plenamente recepcionada pela Constituição brasileira para garantir ao Estado-juiz *dever de tratamento* ao acusado. Significa que o acusado não deve ser tratado de modo semelhante ao culpado, antes do trânsito em julgado.

Não bastasse a Constituição trazer tal previsão, também há este entendimento da leitura do texto da legislação infraconstitucional.

O Código de Processo Penal, Decreto-lei 3.689/1941, em seu Art. 283¹⁰⁰ prevê que a prisão decorrente de sentença condenatória só poderá acontecer após o trânsito em julgado.

Neste sentido, percebe-se que a Constituição brasileira conferiu demasiada proteção ao princípio da inocência, quando, indo além dos textos dos tratados internacionais, declarou que a culpa só recorrerá sobre o condenado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Isso leva a crer, em preliminar conclusão, que a Carta Maior de 1988 quis realmente garantir que o cidadão só tivesse a privação de sua liberdade após todos os julgamentos pendentes relativos à sua pena.

4.3 O Entendimento da Suprema Corte Brasileira Acerca da Aplicabilidade da Presunção de Inocência

¹⁰⁰ 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.

4.3.1 A presunção de inocência frente à lei complementar 135/2010

Embora várias sejam as decisões que impliquem o reconhecimento do princípio da presunção de inocência, iremos abordar aqui, a título exemplificativo, alguns julgamentos relacionados à chegada da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, para adentrarmos à seara penal, foco principal deste escrito.

Antes da entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa, a Suprema Corte brasileira já discutia a inelegibilidade de candidatos antes de haver o trânsito em julgado de condenações penais, como objeto da Arguição por descumprimento de preceito fundamental - ADPF 144.

Neste julgado, o STF afastou a possibilidade de declaração de inelegibilidade de candidatos (e a consequente consideração de culpa) que ainda não tivessem contra si condenação transitada em julgado.

O relator do caso, Ministro Celso de Mello, destacou em seu voto:

Há, portanto, um momento claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento – insista-se – o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. *A presunção de inocência impõe, desse modo, ao poder público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.* (ADPF 144, p 89).

Conforme aponta José Tadeu de Barros Nóbrega (2016), o STF declarou que “embora historicamente vinculada ao processo penal, a presunção de inocência também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas e contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando seus efeitos para esferas processuais não criminais” (NÓBREGA, 2016, p. 48).

Porém, em divergência de entendimento, a Suprema Corte se posicionou acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4578 e das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) 29 e 30.

No referido julgamento, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a Lei da Ficha Limpa foi declarada constitucional, inclusive no que se refere à hipótese de *inelegibilidade de candidato que tenha condenação por órgão colegiado, mesmo sem trânsito em julgado*.

Contudo, importante destacar que na discussão acerca da presunção de inocência no processo eleitoral, há de se observar que foi suscitada contradição entre normas constitucionais. De um lado, a presunção de inocência até o trânsito em julgado de uma decisão e, de outro, a exigência

de idoneidade moral para assunção de mandato eletivo, conforme previsto no art. 14, §9º da Constituição Federal.

Ou seja, para esfera eleitoral, havia dois princípios constitucionais em contradição e, para o caso em concreto, um deles representou mais importância que o outro.

4.3.2 A presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, três casos julgados pela Suprema Corte brasileira modificaram, cronologicamente, o entendimento da Corte sobre o princípio da presunção da inocência e a execução da pena condenatória quando pendentes os julgamentos de recursos especial e extraordinário.

Através do *leading case*, o *Habeas Corpus (HC)* n.º 68.726, julgado em 28/06/1991, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, a Corte firmou entendimento de que deveria ser executada a pena privativa de liberdade, cuja condenação houvesse sido confirmada unanimemente em sede de apelação, em razão de serem os recursos especial e extraordinário carentes de efeito suspensivo, incapazes de impedirem a execução da decisão.

Contudo, no julgamento do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, de relatoria do ministro Eros Grau, a Corte reformulou o seu entendimento e, por maioria (7 votos a 4), 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, embora 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, 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.

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” (BRASÍLIA, STF, HC n.º 84.078/MG).

Recentemente, em outra virada paradigmática, o STF impôs o retorno a tese que vigorou até 2009. Apreciando o HC n.º 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, a Corte decidiu que a execução da pena condenatória, confirmada em grau de apelação, não compromete o princípio da presunção da inocência garantido pela Carta Maior, vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo e não discutem os fatos, apenas matéria de direito.

De acordo com o voto do ministro Teori Zavascki, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam a 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” (BRASÍLIA. STF. HC n.º 126.292/SP).

Contudo, o novo entendimento do STF não é unânime. Para outros Ministros, a literalidade do texto constitucional não permite interpretação que não aquela que assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação, ou seja, até que sejam esgotados todos os recursos cabíveis. Essa é a posição, por exemplo, do Ministro Marco Aurélio, manifestada nos seguintes termos, em seu voto¹⁰¹ no Habeas Corpus n.º 126.292/SP.

Neste diapasão, presume-se que embora o entendimento do STF seja por relativizar o princípio da inocência para permitir a execução da pena condenatória, ainda que pendentes os

¹⁰¹ Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. O preceito, a meu ver, não permite interpretações. 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 se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Aquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

julgamentos de recursos extraordinários e especial, perdura forte divergência dogmática sobre a conformidade da decisão da corte ao texto constitucional.

Embora a execução provisória da pena, ou a antecipação dos seus efeitos, esteja sendo aplicada no Brasil, em virtude deste último julgado, está pendente o julgamento da Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que tentam retomar o entendimento da Suprema Corte para execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença, ou seja, após os recursos especial e extraordinário.

Em ambas as ações, defende-se que seja dada interpretação conforme a Constituição ao Art. 283 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁰², contudo, ainda não há data prevista para julgamento.

5 DO NECESSÁRIO EXERCÍCIO INTERPRETATIVO À LUZ DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

É fato que o complexo e exaustivo trânsito recursal previsto no ordenamento brasileiro, o perceptível aumento da violência no país (ROSSI, 2018) e o noticiário constante de que a corrupção e a criminalidade assolam o desenvolvimento do Brasil dia-a-dia, impulsionaram no conceito social da massa populacional a necessidade de se punir severa e rapidamente aquele que cometer ato delituoso.

Este grito que surge das ruas cobrando penas mais severas, menor impunidade, a celeridade e eficiência da justiça, certamente serviram de carro chefe para a mudança de posicionamento do STF quando permitiu a execução provisória da pena como já discutido anteriormente.

Contudo, há que se preocupar, principalmente quem exerce o controle de constitucionalidade, em não se permitir a prevalência do que Luís Roberto Barroso chama de “tirania da maioria” (BARROSO, 2014, pg. 91).

Barroso cita John Stuart Mill para lembrar que se a sociedade, com o seu poder inerente, passa a emitir ordens injustas, pratica uma tirania social – que pode ser mais avassaladora que

¹⁰² Art. 283. 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

muitos tipos de opressão política - e é papel da Corte maior colocar freios no “desejo social” quando este extrapolar seus limites.

A decisão da suprema corte, em sede de Habeas Corpus sob nº 126.292/SP, parece se adequar ao anseio social que grita nas redes e nas ruas por uma postura “mais firme” da Suprema Corte.

Contudo, é óbvio que a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG, já citado neste trabalho, segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Resta claro, como assenta Badaró (2018) que, com a mudança de entendimento, o STF agora altera o conceito de trânsito em julgado. Trânsito em julgado, afinal, é marco formal de passagem da sentença mutável à situação imutável.

Disso se defluiu que para alterar esta postura, necessitaríamos de uma reforma constitucional, que não pode ser realizada pelo judiciário. Aliás, reformar a atual Constituição neste aspecto mereceria um novo estudo de conformidade, vez que o princípio da presunção de inocência pode ser considerado como cláusula pétrea, o que não estaria passível de modificação.

Não custa insistir que em existindo clareza na proteção conferida pelo legislador originário, que quis garantir maior proteção ao indivíduo acusado de cometimento de crime, a interpretação dada pelo STF coloca a ordem jurídica do processo penal em completa desconformidade constitucional.

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

O estudo e comparação do entendimento internacional acerca o alcance do princípio da inocência no transcurso do processo penal foi significativo para o novo entendimento do STF, vez que nas cortes supranacionais há visão bastante restritiva comparada a decisão do HC 84.078/STF.

Não há dúvidas que, conforme exposto neste trabalho, as cortes internacionais entendem que em havendo recurso que confirme a condenação proferida *a quo* pode-se iniciar a execução da pena, mesmo que existam outros recursos disponíveis à parte.

Entretanto, necessário observar que em nenhuma outra Constituição ora discutida existe a inscrição e o alargamento conferido ao princípio da presunção de inocência que a Carta de 1988 trouxe.

A partir daí, para uma correta análise do tema, ao enxergar a latente diferença do cenário internacional e o interno, necessário se faz uma reflexão sobre hermenêutica constitucional e internacional, com observância aos Direitos Fundamentais.

Considerando primeiramente a taxatividade do preceito da presunção de inocência contido na Constituição Federal de 1988, importante tratar o tema *como princípio fundamental constitucional* para uma correta concretização da vontade do legislador originário.

Partindo deste ponto, não há que se falar em efeito suspensivo ou não dos recursos especial e extraordinários, vez que norma constitucional, de maior grau hierárquico, já confere garantia de não afastamento da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação, o que só acontece quando não há mais possibilidade de recursos, sejam eles com efeitos suspensivos ou não.

Neste sentido, é preciso considerar o caráter acumulativo que tem os Direitos Humanos. Este é o ensinamento do Professor André de Carvalho Ramos que diz “enquanto em relação aos seres vivos há a sucessão de gerações, no caso dos direitos humanos há, ao contrário, acumulação de direitos” (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 135).

Ou seja, se internacionalmente a presunção de inocência é mitigada quando há confirmação da condenação mesmo havendo outros recursos e a Constituição Federal nacional reza que a presunção deve ser mantida até o final do processo (mesmo que os recursos especial e extraordinário não tenham efeito suspensivo), os direitos se acumulam e o acusado deve ter resguardada a presunção da sua inocência até que haja o trânsito em julgado real da sentença condenatória.

Ainda pelos ensinamentos do Professor Carvalho Ramos (2016), a observância do “princípio da interpretação *pro homine*” e o “princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo” exigem do intérprete aplicação da norma que esteja a proteger os direitos mais favoráveis a pessoa humana.

De acordo com tal princípio, nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para *limitar*, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional. Assim, caso haja dúvida na interpretação de qual norma deve reger determinado caso, impõe-se que seja utilizada a norma *mais favorável* ao indivíduo, quer seja tal norma de origem *internacional* ou mesmo *nacional*. (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 151)

Nestes termos, frente a contradição normativa que envolva direitos humanos, o juiz deverá aplicar a norma que for mais favorável ao indivíduo para proteção dos seus direitos fundamentais, o que coloca o atual entendimento do STF em completo desacordo dos princípios já citados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante ressaltar que não se nega que o desarrazoado período pelo que se estendem os processos penais no Brasil em muitos casos pode provocar ineficácia na aplicação das penalidades, prescrição temporal e outros fatores que invocam uma efetiva mudança.

O que não se pode concordar é que para alcançar a celeridade no julgamento processual e consequente aplicação da pena, a Suprema Corte brasileira afronte um princípio fundamental que de tão latente no anseio do legislador originário foi positivado no Art. 5º da Carta Maior.

É sabido que no recurso de apelação que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo.

Contudo, se a Constituição Federal pátria prevê um alargamento da presunção de inocência no curso do processo, não pode a Suprema Corte se basear em visão mais restritiva para deixar de fazer cumprir o desejo do constituinte.

A reconhecida necessidade de garantir celeridade aos julgamentos no Brasil não pode ser justificativa para contrariar princípio fundamental que baliza o processo penal em defesa do acusado.

Neste sentido, não resta dúvida que o legislador originário escolheu conferir garantia que impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, que acontece quando não há mais possibilidade de recursos, o que coloca em questão o mais recente entendimento da Suprema Corte acerca do tema.

Pelo que se explanou até então, resta clara a impossibilidade de mitigação de direito fundamental para aceleração do processo penal e da efetiva condenação do réu, vez que este mecanismo acarreta uma completa distorção do previsto no texto constitucional.

É tempo de discutir conjuntamente os problemas do país de modo que a ordem pública necessária e os direitos individuais sejam preservados de modo sustentável, sob pena de grave atentado ao “cambaleante” Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AÇÕES pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência. **Supremo Tribunal Federal**, 2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>. Acesso em 28 de jul. de 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017

BADARÓ, Gustavo Henrique. **É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado**. Consultor Jurídico. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em 24 de jul. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 591 de 06 de jul. de 1992**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 28 de jul. de 2019.

_____. **Decreto nº 592 de 06 de jul. de 1992**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 28 de jul. de 2019.

_____. **Decreto nº 4.388 de 25 de set. de 2002**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 28 de jul. de 2019.

_____. **Decreto nº 19.841 de 22 de out. de 1945**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em 28 de jul. de 2019.

BRASÍLIA. STF. **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.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra. Almedina, 2011.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n. 114. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 27 de nov. de 2018.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **General Comment Nº 32**, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U. N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42903/principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos>. Acesso em 28 de jul. de 2019.

ROSSI, Amanda. BBC Brasil. **Recorde de homicídios e estupros de crianças: 9 dados que você precisa saber sobre a violência no Brasil**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44377151>. Acesso em 02 de dez. de 2018.

MORAES, MAURÍCIO ZANOIDE DE. **Presunção De Inocência No Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

NÓBREGA, José Tadeu de Barros. **Inelegibilidade, presunção de inocência e a Lei da “Ficha Limpa”, 2016**. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20023/2/Jos%c3%a9%20Tadeu%20de%20Barros%20N%c3%b3brega.pdf>. Acesso em 28 de jul. de 2019.

PAIVA, Caio; ARAGON HEERMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PORTAL NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **As Nações Unidas e os Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu/>. Acesso em 21 de maio de 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf . Acesso em 27 de nov. de 2018.

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AGAINST THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM

ABSTRACT

The presumption of innocence, besides being protected by the Federal Constitution of Brazil, is ensured by international human rights treaties to which Brazil is a signatory. In this article, we sought to investigate the position of the supranational courts of human rights on this issue and whether the new position of the Brazilian Court violates this principle, including the constitutional commandments of the 1988 Constitution. After the change of position of the Supreme Court which allowed the provisional execution of the sentence of deprivation of liberty when the conviction on appeal was confirmed, in a decision issued in Habeas Corpus No. 126.292 / SP, many discussions arose about the possible violation of the principle of innocence. Therefore, through bibliographical research in doctrine and jurisprudence, a deductive approach was used in the research. From this, it was concluded that the Brazilian Supreme Court restricted constitutionally guaranteed rights, as it did not observe the extension of the presumption of innocence conferred by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution of the sentence. Federal Court of Justice. International human rights courts.