

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STF ATRAVÉS DO HC 84.078-7/MG EM DETRIMENTO DE SUA RAZOÁVEL APLICAÇÃO COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Epifânio Macedo Luna Filho*

RESUMO

O Princípio da Presunção de Inocência reafirma uma garantia fundamental do acusado em qualquer processo, especialmente do Penal. No Brasil, contudo, Decisão Paradigmática do Supremo Tribunal Federal elevou esse princípio a um patamar quase absoluto, pois praticamente permitiu ao condenado o direito irrestrito de recorrer em liberdade até a 4ª Instância, muito embora as instâncias ordinárias tenham decidido por sua condenação após esgotarem a matéria penal de fato. Em outras palavras, qualquer restrição à liberdade do acusado, na ausência dos requisitos da prisão preventiva, que aguarda julgamento de recursos meramente protelatórios aos Tribunais Superiores, mesmo comprovadas a materialidade e autoria, será vista como antecipação da pena e, portanto, inadmissível em nosso ordenamento. Analisamos a necessidade de melhor compreensão do Princípio da Presunção de Inocência, sua evolução histórica, a interpretação absoluta do STF e os critérios para razoável ponderação de valores de maneira que seja preservado o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Processo Penal. Aplicação.

1. INTRODUÇÃO

A palavra “Justiça”, infelizmente, encontra-se em um processo de profundo desgaste. A sociedade brasileira quase que diariamente se choca, talvez até por não entender bem a dinâmica processual, pelo fato de que muitos acusados não estão presos, ou porque a prova que indicava vários delitos foi simplesmente anulada, ou ainda, da ausência de um desfecho útil no julgamento de crimes.

Questiona-se o Código Penal da década de 40 e suas normas possivelmente destoantes do atual panorama, o acervo extenso de recursos que impedem o trânsito em julgado e o imenso rol de direitos fundamentais na Constituição que não explicitam qualquer benefício às vítimas da delinquência.

A verdade é que vivenciamos um Estado Democrático de Direito, onde a condução política da nação é escolhida pela maioria do povo e o Estado encontra limites que evitam ingerência inapropriada na vida dos cidadãos. Deve reinar o princípio da legalidade em

detrimento dos abusos estatais cometidos em outros períodos da nossa história. Como bem asseverou Silva (2014):

A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses. (SILVA, 2014, p. 123)

Inseridos nessa realidade, os operadores do direito têm o dever de observar a lei emanada de nossos representantes políticos. Logo, não se pode fazer do Direito ou Processo Penal uma vingança privada, mas o cumprimento daquilo devidamente assegurado pelo legislador, sempre em harmonia com nosso Diploma Legal Maior, que é a Constituição Federal.

Portanto, não se admitem provas obtidas por meios ilícitos, nem a utilização de analogias para tipificar condutas e muito menos restringir injustificadamente qualquer direito ou garantia, entre elas, a de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme o art. 5º, LVII, da CF/88.

Ocorre que, ultrapassando a órbita da legalidade, verifica-se no Brasil uma tendência a tornar absolutos, irrestritos, certos princípios que, ao invés de aplicar a lógica da ponderação no caso de aparente conflito com outros do sistema, utiliza-se o raciocínio do “tudo ou nada.” Assim, alguns juristas alcunharam o fenômeno de “hipergarantismo” quando, na seara criminal, essa lógica que não sopesa valores acaba por alargar indevidamente preceitos favoráveis aos réus, em prejuízo da sociedade e, em muitos casos, até da efetividade da justiça.

Exemplo claro foi o julgamento do Habeas Corpus 84.078-7/MG. O supracitado princípio do estado de inocência ganhou interpretação amplíssima, porque o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução de sentença condenatória, com o aprisionamento do acusado, salvo a hipótese de presente algum dos requisitos para se decretar a prisão preventiva, somente poderá dar-se com o trânsito em julgado da lide.

O que se firmou foi que, na prática, a prisão somente ocorrerá após o julgamento da 4ª Instância, pois fora disso o réu cumpre pena antecipada, mesmo condenado por uma decisão colegiada. Ressalte-se que os recursos admitidos aos Tribunais Superiores são de restrita possibilidade. Porém, o interessante é notar que a interpretação conferida pode beneficiar seletivamente determinado grupo de réus, que se favoreceram da falta de razoabilidade explicitada por parte dos ministros.

Atualmente a Proposta de Emenda à Constituição 15/2011, idealizada pelo ministro Cezar Peluso quando presidente do STF e apelada de PEC dos Recursos, contém proposta de antecipação da pena para depois da decisão de segunda instância. Na Comissão de Constituição e Justiça, houve alteração do texto original para permitir que mandados de prisão possam ser expedidos já depois da decisão de segundo grau, ou do tribunal do júri, independentemente do cabimento de eventuais recursos. A proposta conta com o apoio do juiz federal Sérgio Fernando Moro, autoridade judiciária responsável no

processo resultante da operação Lava Jato, além de Antônio César Bochenek, presidente da Associação dos Juizes Federais.

Quais seriam, portanto, os limites para uma correta exegese da Presunção de Inocência e uma aplicação harmônica com os valores constitucionais, sem violar o garantismo penal? É preciso analisar o princípio, desde seu conceito, sua evolução histórica para melhor compreendermos que o Estado Democrático de Direito abriga garantias, mas não se coaduna com exageros que comprometem os cidadãos e a concretização da justiça.

2. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também conhecido como princípio do estado de inocência e de princípio da não culpabilidade, refere-se a um desdobramento do princípio do devido processo legal, sendo um dos mais relevantes alicerces do Estado de Direito. Como anteriormente citado, a Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII, preconiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Atento a esta realidade, Capez (2004) ensina que há de ser considerado em três momentos distintos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, especialmente no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória.

Por sua vez, Távora e Alencar (2013) aduzem que:

(...) somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 54)

Lima (2011) sintetiza duas consequências fundamentais da não culpabilidade. A primeira é a de que a parte acusadora tem o ônus de provar a culpabilidade do acusado, e não este provar sua inocência. A segunda é a vedação de qualquer antecipação do juízo condenatório.

Marcante é o enunciado da Súmula 144 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Sarmento (2008) destaca, todavia, que a garantia não deve impedir que o Estado investigue e puna os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos da persecução

penal previstos na legislação.

Vê-se, desse modo, que em nenhum momento a doutrina considerou, *a priori*, qualquer forma de radicalizar a aplicação do estado de inocência. Até porque o conteúdo a que se liga o princípio consubstancia, em verdade, uma precaução ao Estado para que não cometa abusos em seu sistema acusatório. Em outras palavras, meras aparências ou intenso clamor social não justificam que ninguém deva suportar a condição de culpado sem o devido processo legal.

Some-se a isso o dever de imparcialidade do magistrado. Como proceder a um julgamento justo se já se parte do conceito de que o réu cometeu o ato? Ou ainda, que pelo simples fato de figurar em inquéritos ou ações penais, há a pré-concepção de que não mereceria a oportunidade de demonstrar sua idoneidade? Não haveria, assim, contraditório e ampla defesa, mas simplesmente um procedimento que, no fundo, apenas determinaria a sanção do indiciado.

O que parece ter acontecido no âmbito da decisão do STF, como será demonstrado a seguir, foi uma decisão política que não levou em consideração a ponderação como regra no caso de choque aparente de princípios, resultando assim em uma situação anômala, cada vez mais comum em nosso país.

3. ORIGEM, EVOLUÇÃO E POSITIVAÇÃO ATUAL

Muitos autores apontam o Direito Romano como primeira esfera a abrigar a preservação do estado de inocência. Os escritos do Imperador Trajano (17.09.53 – 9.08.117), conhecido pelo protótipo do “bom governante”, faziam alusão ao dito princípio: “*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem dammare.*”

Encontramos igualmente na *Digesta* (ou em grego *Pandectas*), que é a compilação de fragmentos dos jurisconsultos do período clássico, citação de Paulo que define a idéia da presunção de não culpabilidade: “*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.*”

O advento da Idade Média, contudo, caracterizou-se por uma grave redução de sua concretude, bastando citar como fundamento o grande número de procedimentos inquisitoriais, a existência de provas tarifadas e, inclusive, os juízos de semi-culpabilidade.

O Estado-Juiz, especialmente na época correspondente à Baixa Idade Média, sobrepunha seu poder a qualquer liberdade individual do cidadão, concentrando na única pessoa do magistrado o papel de realizar a instrução, acusar e julgar simultaneamente.

O processo penal era secreto, sem contraditório e escrito. Como Bento (2007, p.32) sintetiza, “uma das características essenciais da Inquisição era justamente o procedimento que presumia, antes mesmo da instrução, a culpa do cidadão.”

Michel Foucault (1987) critica a prática que se estendeu na Europa durante muito

tempo. Em seu país, a Ordenação de 1670 protegia procedimentos claramente atentatórios à dignidade do homem, incluindo arbitrariedades nas investigações de crimes.

Na França, como na maior parte dos países europeus — com a notável exceção da Inglaterra — todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. (FOUCAULT, 1987, p.38).

Como, então, garantir um mínimo de imparcialidade ou um julgamento justo se o cerceamento de defesa já era um reflexo da presunção de culpabilidade reinante nos diversos sistemas penais espalhados pelo continente?

Cesare Beccaria, considerado o principal pensador do Iluminismo Penal, ainda jovem, combatia as injustiças de seu tempo. Beccaria (1764) defendia a racionalidade da legislação, que deveria atender um conjunto de garantias mínimas para a correta aplicação da pena:

Quando se reflete sobre todas essas coisas, é-se forçado a reconhecer com amargura que a razão quase nunca tem sido consultada nas leis que se deram aos povos. Os crimes mais hediondos, os delitos mais obscuros e mais quiméricos, e portanto os mais inverossímeis, são precisamente os que se consideram constatados sobre simples conjecturas e indícios menos sólidos e mais equívocos. Dir-se-ia que as leis e o magistrado só têm interesse em descobrir um crime, e não em procurar a verdade; e que o legislador não vê que se expõe constantemente ao risco de condenar um inocente, pronunciando-se sobre crimes inverossímeis ou mal provados. (BECCARIA, 1764, p.28).

O ano de 1789 representa um marco contra os abusos aos direitos e garantias até então abundantes. A Assembleia Constituinte da França elabora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Seu cerne consistia em proteção e universalização de direitos do homem, entre os quais, no art. 9º., a presunção de inocência:

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e,

caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789, p.01).

Eis a primeira positivação do princípio do estado de inocência.

O art. 9º., por sua vez, não restava isolado. Os artigos 7º e 8º da DDHC vedavam a acusação, prisão e detenção fora da legalidade, previam punição por ordens arbitrárias no desenvolvimento processual, além de garantirem anterioridade da lei e proporcionalidade para aplicação das penas.

Surge, pois, uma nova perspectiva para aquele que figurasse no pólo passivo de um processo criminal. Ao contrário daquilo praticado amplamente entre os séculos XII e XVII, ninguém poderia ser considerado previamente culpado sem que antes houvesse sentença penal condenatória transitada em julgado.

Já no século XX, as atrocidades cometidas, especialmente na Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), impulsionaram uma visão mais preocupada com a dignidade da pessoa humana. Inegável reconhecer que a preservação do estado de inocência atingiu escala global através da Declaração Universal Dos Direitos Humanos em seu artigo 11.1:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. (ONU, 1948)

Diversos outros documentos de proteção aos direitos humanos passaram a tutelar o princípio. Pode-se citar a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem (art. 6.2, 1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.2, 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, I e II, 1969), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (art.6º, II, 1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48, 2000).

No Brasil, por fim, a atual Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, consagrou esta importante norma: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1998). De acordo com Gomes Filho (1991, p.32), a redação citada foi “inspirada na fórmula italiana de 1948: *l’ imputato non è considerato colpevole sino allá condanna definitiva.*” Engana-se, contudo, quem acredita que essa conquista sempre esteve seguramente reconhecida mesmo anteriormente à sua inserção na ordem constitucional.

Em período anterior de nossa história, notadamente na época conhecida como Ditadura Militar (1964 – 1985), de forma marcante, muitas garantias foram, na prática, severamente ignoradas, entre as quais a preservação da inocência. Embora Gomes Filho (1991, p. 31-2) se refira a dois casos de reconhecimento do princípio pelo Supremo Tribunal Federal antes da sua constitucionalização, em face das Constituições de 67 e 69, foi notório o abuso estatal daquele período em condenar arbitrariamente determinados sujeitos, de

maneira prévia.

Apesar desse momento histórico e do tardio reconhecimento de seu status constitucional, o certo é que a doutrina e jurisprudência brasileiras, sobretudo após a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, já tratavam do tema.

Embora ações governamentais acabassem ferindo o entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao discutir a constitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967 (Lei de Segurança Nacional), em dispositivo que previa a “suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista”, somente pela prisão em flagrante delito ou pelo recebimento da denúncia, até sentença absolutória, a Suprema Corte, de maneira unânime, reconheceu a inconstitucionalidade da norma.

Assentou-se, então, que o art. 150, §35, da Constituição de 1967 compreendia todos os direitos que, apesar de não enumerados, estavam vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição, com referência expressa à presunção de inocência, como constou do voto do Min. Gonçalves de Oliveira. (HC 45.232-GB, j. 21-2-1968, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44:322-34,1968).

O certo é que hoje, em nosso sistema jurídico, temos um princípio constitucionalmente explícito que consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma vedação ao Poder Público de agir e de se comportar, no que se relaciona ao suspeito, indiciado, denunciado ou réu, como se já houvesse condenação definitiva por sentença do Poder Judiciário.

4. A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO HC 84078-7/MG de 5.2.2009

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu, em 05 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Habeas Corpus 84078, para permitir que Omar Coelho Vítor, condenado pelo TJ/MG por tentativa de homicídio qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do CP) em regime inicialmente fechado, recorra dessa condenação, aos tribunais superiores, em liberdade.

A decisão do STF contrariou a Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários não impedem a prisão do condenado em decisão judicial de segundo grau.

O Ministério Público de Minas Gerais havia pedido ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão, já que o réu, conhecido produtor de leite da região, colocou à venda, em leilão, seu rebanho holandês, suas máquinas agrícolas e equipamentos de leite, demonstrando intuito de se furtar à aplicação da lei penal. O 1º Vice-Presidente do TJ/MG acolheu as ponderações do MP, decretando a prisão.

O risco da ordem de prisão ser cumprida, além de seu Recurso Especial ainda não haver sido apreciado, contudo, motivaram Vítor a impetrar Habeas Corpus no STF. Entre os pedidos, estavam a suspensão da execução da pena e a inaplicabilidade do artigo 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual o Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo.

Em verdade, surgiram intensos debates entre os ministros, posicionando-se de um lado Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio (pela concessão do Habeas Corpus) e de outro os vencidos Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

A tese que prevaleceu foi a de que a prisão de Omar Coelho Vítor antes da sentença condenatória transitada em julgado é contrária ao artigo 5º, LVII da Constituição (*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão*). Por sua vez, a tese minoritariamente aceita foi a de que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias. Portanto, os recursos encaminhados aos tribunais superiores não deveriam ter efeito suspensivo.

Os ministros que defenderam a não concessão do HC sustentaram, inclusive, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, não assegura irrestrito direito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre em nosso país.

Ao proferir o último voto do julgamento, que acompanhou o majoritário do Relator Ministro Eros Grau, Gilmar Mendes admitiu a ineficiência da Justiça brasileira. Apesar disso, em decisão histórica, o STF por maioria acolheu uma visão absoluta do princípio do estado de inocência em detrimento da efetividade da justiça e da sociedade. Segundo Gilmar:

Eu tenho dados decorrentes da atividade no CNJ que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória].

"Nos mutirões realizado pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada", *relatou ainda o ministro*. "No estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do MP.

Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355, *informou o presidente do STF*. "Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado,

portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e Als [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo.

De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com este tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva, *assinalou Gilmar Mendes*. O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dente, um chinelo.

Portanto – concluiu –, não se cumprem minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal. (MENDES apud ARAÚJO, 2009, pp.25-27).

5. ANÁLISE CRÍTICA DOS IMPACTOS DA DECISÃO

Interessante as ponderações do Ministro Joaquim Barbosa ainda por ocasião dos debates no Plenário do STF:

O leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável, *afirmou*. "Não existe em nenhum país no mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos politicamente – porque esta é uma decisão política que cabe à Corte Suprema decidir – que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o Recurso Extraordinário julgado por esta Corte, nós temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão.(apud ARAÚJO, 2009, p.25)

Acrescentou Barbosa (2009):

Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim. Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo, só de um dos réus foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de minha relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto. (apud ARAÚJO, 2009, p.24).

Embora seja voto vencido, além dos inúmeros aplausos oriundos de advogados

já vislumbrando as possíveis benesses para seus clientes, uma minoria de doutrinadores se manifestou contrariamente à escolha política do STF e optou por defender o enfoque do eminente Ministro. (Atualmente ex-ministro)

A referida decisão não possui força vinculante, ou seja, não obriga que os magistrados do país a adotem. Na prática, contudo, como muito bem sintetizou Caires (2009):

(...) se o condenado pela segunda instância não conseguir ali mesmo permanecer em liberdade, basta ter fôlego – e dinheiro – suficientes para, ao recorrer, também impetrar habeas corpus até o STF e assim garantir o seu mais “novo” direito de permanecer solto por pelo menos uns dez anos depois do crime. (CAIRES, 2009, p.01).

Além disso, permitiu-se que milhares de presos já condenados em primeira e em segunda instâncias, mas com recursos pendentes de julgamento nos tribunais superiores, fossem colocados imediatamente em liberdade, mesmo sendo confessos.

Caires (2009) indica ainda através de exemplo o descaso que o sistema penal brasileiro sofreu com o paradigma reinante:

Trocando em miúdos: se alguém matar ou estuprar ou roubar alguém de sua família, ou se desviar recursos públicos de sua cidade, caso não seja preso em flagrante, e ainda que confesse o crime, em regra apenas será preso depois de sua condenação ser confirmada pela quarta instância, na melhor das hipóteses dez anos depois, até porque na quarta instância (STF) só existem 11 juízes para todo o Brasil, e mesmo assim será preso apenas se o crime não houver prescrito pelo tempo decorrido entre a condenação da primeira instância e a (distante) data do trânsito em julgado daquela condenação. (CAIRES, 2009, p.01)

A certeza da impunidade que tanto prevalece na consciência do cidadão comum se acentua ainda mais. Isso porque se toma o princípio da presunção de inocência como praticamente absoluto, irrestrito, em detrimento do interesse da sociedade.

Sabemos da morosidade da justiça que, muitas vezes, somente chega muitas décadas depois. Permitir que o condenado em segundo grau continuasse em liberdade, aguardando julgamento de recursos protelatórios, significa em último sinal, comungar de forma prática com a impunidade criminal e presentear os condenados com o “benefício” da prescrição.

Em nenhum país do mundo, ressalte-se, é debatido se o preso deve ou não ser algemado, se o Ministério Público pode investigar crimes ou se o acusado precisa aguardar julgamento na quarta instância para ser preso. O Brasil, infelizmente, parece estar solapando os alicerces básicos de um Estado que preza pela dignidade e segurança de seus cidadãos.

A preservação do estado de inocência é erguida ao patamar mais elevado para encobrir uma resposta concreta dos agentes responsáveis pela repressão ao crime. Discute-se muito a falta de policiais, o sucateamento das instituições de segurança, além do reduzido número de promotores e juízes. Do que adiantaria, portanto, reverter esse quadro

de descaso com os cidadãos se nossa mais alta corte ainda adota interpretação incompatível com o bem coletivo?

A criminalidade é um fenômeno plural, complexo e impossível de ser reduzido a “achismos” ou concepções destoantes do mundo prático. A ausência de uma resposta estatal em tempo útil configura nítido reforço para a prática de delitos. Cite-se, como exemplo, o crescente poder do crime organizado, instalado em todas as camadas sociais, e a dificuldade em se combatê-lo

Essas organizações delituosas que se beneficiam da morosidade da justiça tendem a ganhar mais força. A postergação da prisão, em verdade, longe de ser uma garantia ao réu já condenado em segunda instância, é uma mola que impulsiona quem já decidiu livremente agir à margem da lei. Imagine, portanto, aqueles que se organizaram estruturalmente e economicamente. Quanto lucram com o vazio deixado pelo nosso mais alto tribunal?

6. BALIZAS PARA UMA RAZOÁVEL APLICAÇÃO

Entendemos, *data vênia*, que a decisão vai de encontro ao que preceitua a Constituição Federal. Ora, o artigo 5º, LXI, autoriza a prisão em flagrante. Recorde-se que está é uma prisão sem processo, sem sentença, sem advogado e sem defesa. Pela lógica exposta do STF, nem mesmo esta prisão, pois, deveria ser permitida. A existência das prisões temporária e preventiva também apontam que nunca houve por parte da Constituição nem qualquer legislação federal a “absolutização” da presunção de inocência.

Socorrendo-os do direito comparado, apenas para exemplificar, nos Estados Unidos, o acusado tem o direito de se declarar culpado ou inocente antes do julgamento, e se este optou por se declarar inocente e posteriormente for julgado culpado, o magistrado geralmente aumenta sua pena, pois naquele país se entende que o acusado prejudicou a investigação e o julgamento.

Os benefícios concedidos ao réu, no Brasil, parecem ser únicos no mundo. Alargase o número de garantias e formalidades incompatíveis, além de desnecessárias, e assim se atropelam interesses públicos maiores e mais harmônicos com nossa realidade atual.

Entendemos que a matéria penal de fato se esgota nas instâncias ordinárias, pelo que nosso ordenamento processual preceitua. Os recursos aos tribunais superiores devem ser entendidos como exceções do sistema, que não devem justificar a inaceitável morosidade da justiça e o surgimento de prescrição.

Portanto, a condenação em segunda instância, depois de apreciadas devidamente as provas, já podem ensejar a prisão do condenado. Não se trata de antecipação de pena se ele recorrer às instâncias especiais. O juiz, contudo, deve bem observar o caso concreto.

Responder processo em liberdade deveria ser exceção quando as investigações colhem elementos suficientes de autoria e materialidade capazes de sustentar a acusação. Semelhante ao que acontece nos EUA, somente em algumas hipóteses, dependendo da

natureza do delito, do patrimônio do acusado e de avaliação psicológica, permitir-se-ia ao réu permanecer solto, facultado ao juiz requisitar o pagamento de fiança substancial.

Quando se tratar de crimes de corrupção ou aqueles conhecidos como crimes do colarinho branco, apesar da percepção dos magistrados não tratá-los com tanto rigor quanto com outros delitos, concordamos com Moro (2014) ao defender que presentes evidências claras, não se deve permitir o apelo do condenado em liberdade, salvo se o produto do crime tiver sido integralmente recuperado. Segundo ele:

Não é antecipação da pena, mas reflexão razoável de que, se o condenado mantém escondida fortuna amealhada com o malfeito, o risco de fuga ou de nova ocultação do produto do crime é claro e atual. (...) a corrupção não é um dado da natureza ou consequência dos trópicos, mas um produto da fraqueza institucional e cultural. (MORO, 2014, p.01).

O juízo de admissibilidade desses recursos necessita ainda ser mais rigoroso, especialmente quando se mostram protelatórios. Além disso, a privação de liberdade em certos casos se coadunaria com o objetivo de não apenas evitar o abuso da decretação de prisões preventivas, mas também impedir que a seletividade do sistema penal se acentue ainda mais com o favorecimento de determinados grupos que são alvos de ações penais.

Se, muitas vezes, o sistema penal se mostra mais rigoroso com quem é economicamente desfavorecido, o mesmo rigor deveria ser aplicado aos outros mais abastados. Logo, quando alguém se utiliza do poder econômico para tumultuar as investigações, ou ainda na provável chance de fuga, o estado de inocência deveria ser mitigado em homenagem à dignidade da justiça e ao desfecho útil do processo criminal.

Interessante seria que os juízes e membros do Ministério Público visualizassem uma seta da presunção de inocência em cada caso concreto, que poderia se solidificar ou ser suavizada a depender de uma visão global do crime praticado, do grau de cooperação do acusado e demais dados objetivos de autoria e reprovação da conduta.

Em outras palavras, o ponto nevrálgico seria um real sopesamento, afastando-se dos extremos que não se ajustam ao Estado de Direito. Estaríamos, então, afastando-nos do hipergarantismo danoso à sociedade e nos aproximando de um justo enquadramento de valores.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou visualizar o princípio da não culpabilidade desde seu conteúdo, origem e evolução histórica, atual positividade e em análise crítica com o atual posicionamento defendido por nosso mais alto tribunal.

Restou claro que a interpretação conferida e o conseqüente alcance não se ajustam, por sua lógica e por seus efeitos e práticos, com os demais princípios de nosso ordenamento.

Longe de pretender esgotar o assunto, este estudo apontou para uma urgente reforma processual e interpretativa, a fim de que não se perca a razoabilidade inerente a uma sociedade alicerçada em um estado de direito.

Embora o número de pessoas que lotam as penitenciárias brasileiras chegue ao patamar de milhões, a impunidade e falta de rigor da lei ainda acobertam um número alarmante de casos. Não se aspira, com isso, a um desarrazoado e inaceitável clamor por vingança privada ou esvaziamento de garantias tão fundamentais, muito pelo contrário.

Aspira-se às reais garantias que a Constituição e todo o restante do ordenamento preceituam, isto é, nenhum princípio pode prevalecer sobre o outro ou atropelá-los sem qualquer ponderação.

A devida hermenêutica da presunção de inocência precisa, portanto, ajustar-se ao sistema, sem que isso signifique privilégios descabidos. Torna-se importante que nossos tribunais possam utilizar uma aplicação razoável deste princípio e assim, tutelarem pelos bens mais importantes e pela efetividade do processo.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the principle of presumption of innocence and the paradigmatic decision of Supremo Tribunal Federal, which seems to have absolute this procedural guarantee. In Brazil, practically authorized the defendant to contest in almost unrestricted freedom, to the detriment of the rule of law, even exhausting the common pathways that already condemned. We analyze the origin, evolution and the principle positivation, its content and the criteria for a reasonable application.

Keywords: Presumption of innocence. Criminal proceedings. Application.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Brasil. STF garante a condenado direito de recorrer em liberdade. **Migalhas**. 2009 Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI77846,71043-STF+garante+a+condenado+o+direito+de+recorrer+em+liberdade>> Acesso em 10 de março de 2015.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva**. 3ª Ed. Niterói: Impetus, 2012.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BARBOSA, Joaquim. Citação extraída de <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI77846,71043-STF+garante+a+condenado+o+direito+de+recorrer+em+liberdade>> Acesso em 10 de março de 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 1764. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf> Acesso em 15 de março de 2015.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078-7/MG**, do Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vítor. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em 10 de março de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 45232**, do Tribunal Pleno. Relator:

Min. Themístocles Cavalcanti, Brasília, 21 de fevereiro de 1968. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/666575/habeas-corpus-hc-45232-gb>> Acesso em 8 de março de 2015.

CAIRES, Felipe Gustavo Gonçalves. **Presunção de inocência e certeza da impunidade.** Disponível em <<http://www.leliobragacalhau.com.br/presuncao-de-inocencia-e-certeza-da-impunidade/>> Acesso em 15 de março de 2015.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 1789.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 20ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar. Citação extraída de <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI77846,71043-STF+garante+a+condenado+o+direito+de+recorrer+em+liberdade>> Acesso em 10 de março de 2015.

MORO, Sérgio Fernando. **Não é dos astros a culpa.** 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/08/1504474-sergio-fernando-moro-nao-e-dos-astros-a-culpa.shtml>> Acesso em 10 de março de 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 1948.

SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro.** In: **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos.** Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núbia Fabris, 2008.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 8ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

