

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI - FDG**

TIAGO SPANHOL FERNANDES

**A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
Um estudo sobre sua aplicabilidade e eficiência**

GUARAPARI

2019

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

TIAGO SPANHOL FERNANDES

**A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
Um estudo sobre sua aplicabilidade e eficiência**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito para aprovação na disciplina TCC II, orientado pelo Professor Esp. Fabrício da Mata Correa.

Área de Concentração: Direito Processual Penal

GUARAPARI

2019

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: Um estudo sobre sua aplicabilidade e eficiência**, elaborado pelo aluno Tiago Spanhol Fernandes, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Guarapari, ____ de julho de 2019.

Prof. Esp. Fabrício da Mata
Faculdade Doctum de Guarapari
Orientador

Prof. Ma. Kélvia Faria Ferreira
Faculdade Doctum de Guarapari

Prof. Me. Fábio Pedroto
Faculdade Doctum de Guarapari

AGRADECIMENTOS

Agradecer constitui o ato de reconhecer a devida importância dada pelo indivíduo às pessoas que a motivaram a perseverar os caminhos sinuosos de uma conquista. Com esta perspectiva em mente, torna-se muito fácil agradecer, primeiramente, à família, que por mais complicada ou atrapalhada que esta seja, não deve ser jamais esquecida, pois estará sempre a seu lado. Por esta razão, agradeço aos meus Pais, Irmã, Cunhado, Avós e meus muitos, e amados Tios, sem distinção – para evitar ciúmes – que me ajudaram a manter-me firme em meu caminho, e que muitas vezes me levantaram, quando passei a tropeçar em meus próprios medos.

Outros que não posso sequer esquecer, são aos meus amigos mais próximos, que por anos conviveram, e por que não, sobreviveram a inquietante e imperativa personalidade. Vocês fizeram parte desta história, sejam com incentivos, discussões homéricas por motivos banais – ou ainda por questões verdadeiramente acadêmicas, é claro – palavras de conforto quando em dificuldades, palavras duras nos momentos de ociosidade, palavras sinceras, como nossa amizade.

Por fim, agradeço a todos aqueles a quem pude chamar de Mestre, meus Educadores, Professores e Outros, que se dispuseram a compartilhar de sua sabedoria, a qual espero, sinceramente, ter aprendido um pouco, e que os parabeno imensamente, pela paciência na nobre arte de lecionar.

"Enquanto, por efeito de leis e costumes, houver proscricção social, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século - a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a atrofia da criança pela ignorância - não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria, livros como este não serão inúteis." (Victor Hugo, Os Miseráveis)

A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: Um estudo sobre sua aplicabilidade e eficiência

Tiago Spanhol Fernandes¹
Prof. Esp. Fabrício da Mata Correa²

RESUMO

Este artigo visa contextualizar a aplicação do cumprimento provisório de pena após a confirmação de condenação, por órgão colegiado em duplo grau de jurisdição, como garantia da aplicação da lei penal e da segurança coletiva, ante um sistema processual com viés garantista, que permite ao poder econômico diferenciar os agentes perseguidos pelo Estado. Busca-se analisar a eficácia das decisões condenatórias em face de sua execução, ante a ausência, em regra, de efeito suspensivo de recursos após a segunda instância, com base na pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A conclusão é que o sistema penal brasileiro até então, tolerava que os indivíduos de maior classe social pudessem usufruir de mecanismo jurídicos para não cumprirem efetivamente a pena, sob o pretexto de garantia dos direitos fundamentais, em oposição aos indivíduos de menor classe social, cujo mesmo sistema de garantias não é aplicado da mesma forma.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Cumprimento provisório de pena, Colisão de princípios, Processo Penal.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, que constitui o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito, tem como escopo tratar sobre a mitigação do princípio da presunção de inocência - princípio ligado ao Direito Constitucional e ao Direito Processual Penal - e como esta teoria vem sendo aplicada no ordenamento jurídico pátrio como garantia ao direito à segurança e à eficácia da lei penal, após a publicação do Acórdão do *Habeas Corpus* (HC) 126.292 SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2016, que autoriza o chamado cumprimento provisório de pena.

¹Aluno do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Unificada DOCTUM de Guarapari; e-mail: tiago.span@hotmail.com

² Professor Especialista em Direito Penal da Faculdade Unificada DOCTUM de Guarapari; e-mail: fabricio.jus@hotmail.com

A temática apresentada é deveras polêmica vez que trata da colisão de princípios constitucionais previstos no art. 5º, *caput* e incisos seguintes, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), e de seus desdobramentos no Código de Processo Penal, em específico, na execução da pena.

O foco principal deste artigo constituir-se-á sobre a aplicabilidade do cumprimento provisório de pena, conceituando a teoria da mitigação do princípio da presunção de inocência e o desenvolvido do contexto social por trás desta mudança de paradigma, ocorrida no ano de 2016, após sete anos de precedente oposto, que compreendia a presunção de inocência em absoluto, ou seja, apenas permitindo o cumprimento de pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desta forma, esta pesquisa buscará tratar sobre o tema com base na metodologia de pesquisa doutrinária e na farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento provisório de pena, para tal, este trabalho será estruturado em três capítulos, onde serão apresentados os princípios de maior relevância ao tema, bem como a forma de resolução de conflito entre princípios, em seguida, serão apresentadas, a título de informação, várias das mazelas do sistema penal brasileiro, e por fim, a origem e evolução da jurisprudência na Corte Suprema.

A importância sobre esta discussão vai além da questão sobre a legalidade do cumprimento provisório de pena, visa aprofundar o debate sobre a eficácia dos dispositivos penais contra os criminosos do chamado “colarinho branco” e na diferença prática que existe entre uma ação penal movida contra um agente provido de recursos financeiros em contraste àquela movida contra um agente desprovido destes recursos. A existência desta disparidade é a motivação para esta pesquisa, pois o ordenamento jurídico, em especial a disciplina penal, defende um processo igualitário a todos, contudo, na prática, observa-se verdadeira diferenciação entre ricos e pobres no resultado final do processo penal.

2 A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA DISCUSSÃO

Há verdadeiro consenso no ramo científico do Direito de que os princípios constituem a base para a interpretação e aplicação de um sistema jurídico eficaz, contudo, com o desenvolvimento da sociedade e o surgimento de novos fatos sociais demanda-se novas soluções, de tal ponto, que o Direito não deve ser vanguarda,

porém, tampouco, abster-se da lide e de sua resolução. Nesse sentido, antes de primar sobre uma discussão tecnicamente jurídica sobre a relativização dos princípios, objetivo maior desta pesquisa, mister é conceituar a expressão “princípio”, enquanto fundamento da norma, antes de compreender o que significa mitigar um princípio.

Princípios, segundo o professor Pedro Lenza (2018, p. 166) ao analisar a obra de Robert Alexy, são normas que determinam certa ação com a maior plausibilidade conforme o contexto fático e das situações jurídicas, ou seja, são mandamentos de otimização cuja satisfação pode variar dentro de uma gama de possibilidades a decorrer da natureza do evento que o originou, podendo ser fática ou jurídica.

Para Bezerra (2012, p. 18), a definição de princípio surge de sua diferenciação ante as regras, porém, não há perfeita precisão entre elas, pois em determinado aspecto, os princípios são normas que exprimem determinado comando, dirigido a certo comportamento. Princípios são uma espécie bem específica de norma, sendo apenas diferenciáveis entre si quando estabelecidas determinadas características, a saber: a) em relação à posição que ocupam no ordenamento jurídico de determinado ramo do Direito, sendo considerados verdadeiros fundamentos das normas; b) em relação à interpretação, os princípios são relativamente mais subjetivos, comportando interpretação mais extensiva, enquanto que as regras costumam ser mais objetivas e pouco flexíveis; e c) princípios são mais generalizantes em relação às regras.

Nesse sentido, Canotilho (1991, p. 49) apud Bezerra (2012, p. 25), resume os princípios a ordenamentos que iluminam e envolvem o sistema jurídico, sendo compostos de núcleos que aglutinam determinados valores e intenções, tornando-se bases para as demais normas, podendo, ainda, estarem ou não positivados, momento que assumem a classificação de normas-princípios.

Ante a vasta gama de princípios que norteiam o Direito, surge a seguinte indagação: existe hierarquia (prevalência) entre princípios e ou entre princípios e regras? Para Bezerra (2012, p. 26), em decorrência da hierarquia de valores que se condensam em princípios, pode-se considerar que em primeiro lugar, vem os princípios constitucionais, após, os princípios específicos de cada seara jurídica, e por fim, as regras jurídicas gerais. Logo, existe uma certa hierarquia de fato.

Tal hierarquia decorre da natural aplicação dos princípios conforme a adequação ao caso concreto, mas não significa dizer que esta dita hierarquia se repetirá, se o caso em análise for diverso do fato anterior. A hierarquia entre princípios está voltada para a tradução dos valores que determinado princípio exprime, não

exclusivamente à sua posição no ordenamento jurídico em face a outro princípio, ou seja, origina-se do concurso de princípios e normas conforme aquele caso específico.

Nesta esteira, conclui Bezerra (2012, p. 27), que a escolha de aplicação de um princípio em detrimento de outro não significa necessariamente a exclusão deste, ou ainda, de rígida hierarquia entre si, pois as circunstâncias daquele caso em específico, por distinção aos demais fatos e casos, não possui condão para excluir o princípio preterido, podendo haver, conforme um fato novo, a inversão de escolha de aplicação entre os mesmos princípios, pela escolha lógica da ponderação e razoabilidade de princípios, assim, se admite a mutabilidade entre a hierarquia de princípios.

O que a doutrina convencionou ao lidar sobre a resolução de conflitos entre princípios, conforme Bezerra (2012, p. 29), é que a terminologia mais correta a ser utilizada é a expressão “colisão”, ao invés de conflito, pois esta dá uma noção de questionamento da validade de um princípio frente ao outro, enquanto aquela, aduz à aplicação de um deles em maior medida, sem que, para isto, venha a haver o expurgo do princípio preterido. Tal análise é adotada, pois na resolução de colisão entre princípios, conforme Muller (2010, p. 11) apud Bezerra (2012, p. 29-30), a doutrina convencionou utilizar-se do princípio da razoabilidade, que pode ser pautado pelos elementos da proporcionalidade, necessidade e adequação, outrossim, ao se preferir um princípio, isto ocorreu pois, no exame do caso concreto, este se mostrou mais proporcional, necessário e adequado que o outro, face a resolução do caso concreto.

Posto que explicada e compreendida a noção de hierarquia e colisão entre os princípios, ainda que de forma genérica, a seguir, conceituar-se-á, ainda que minimamente, os princípios mais relevantes para a discussão temática da pesquisa.

2.1 O Princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade

O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, conforme descrito no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e conforme Bezerra (2012, p. 50), a transcrição de seu enunciado gerou intenso debate sobre seu alcance, uma vez que o legislador constituinte não se utilizou do texto da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789, que previa a presunção de inocência até o momento que se declarassem sua culpa, e julgando-se necessário, prendê-lo, vedando-se todo rigor considerado desnecessário a sua prisão. Este texto, de clara

influência iluminista, responsabilizava o homem por seus atos, no limite de sua liberdade, e desta forma, quando um indivíduo violava a lei vigente, deveria sê-lo provado anteriormente à condenação.

Bezerra (2012, p. 50), ainda cita outros diplomas internacionais que preveem a presunção de inocência, entre eles a Declaração Universal do Homem de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, nos quais, qualquer indivíduo acusado de um crime deve ser presumido como inocente até que seja provada sua culpabilidade, na forma da lei, por julgamento público, ao qual tenha à disposição todas garantias de defesa.

O princípio da presunção de inocência remonta a uma clara limitação do poder de punir do Estado frente ao indivíduo que está sob a persecução penal, logo, para Bezerra (2012, p. 53-54), demonstra-se clara ligação com a proteção das garantias das liberdades individuais, de modo que, deve o indivíduo ser considerado inocente até o decurso do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, a origem da presunção de inocência decorre do conflito entre a *jus puniendi* – pretensão de punição – do Estado ante a *jus libertatis* – pretensão de liberdade – do agente, no bojo do processo penal, até o momento de seu trânsito em julgado, com vistas a evitar a antecipação de pena. Esta vem sendo a interpretação dada pela doutrina ao inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, e considerado como um dos princípios que regem todo o processo penal. Não obstante, Lenza (2018, p. 1766-1767), ao comentar sobre o princípio da presunção de inocência, aduz que, vez que o dispositivo constitucional é claro em condicionar o agente como inocente até que se prove o contrário, é a acusação que deve ter o ônus dessa prova, devendo demonstrar com clareza a prova da culpa do agente.

2.2 Os princípios da segurança, da ordem social e da efetividade da lei penal.

A expressão segurança consiste em um conjunto extenso de significados, pois, o termo é complexo e aparece em vários momentos na Constituição Federal, sendo interpretada conforme a sua disposição no texto constitucional. Em suas lições de Direito Constitucional, Silva (2017, p. 791), informa que a segurança pode expressar ser: a) jurídica (art. 5º, *caput* da CRFB/88) quando inserida num contexto de estabilidade das decisões jurídicas; b) social (art.6º da CRFB/88) quando observada num contexto de garantias de direitos sociais; c) nacional (capítulo V – Da Defesa do

Estado e das Instituições Democráticas, da CRFB/88); e d) pública (art. 144 da CRFB/88) quando exprimir a manutenção da ordem pública.

Neste contexto, Silva (2017, p. 791-792), aduz que a ordem pública se constitui na condição de convívio social pacífico e sem a existência de ameaças ou violências que produzam ou venham a produzir crimes. Não se trata de inexistências de atritos sociais, tais como a divergência e controvérsia de opinião ou posição política, mas deixa a ordem pública de existir quando da divergência resultar a violação dos direitos da pessoa, ou seja, acarretar as vias de fato e ao crime. Desta forma, consiste a segurança pública em meio de manutenção e restabelecimento da convivência social pacífica, que permita ao indivíduo o gozo de seus direitos e o exercício de suas atividades, sem violação a direitos de terceiro ou perturbação da ordem pública, por intermédio da atividade policial, conforme devidamente expresso no caput do art. 144 da CRFB/88 “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”.

Por fim, complementa Silva (2017, p. 793) que a segurança pública não é apenas o combate ao crime e responsabilidade exclusiva da polícia, mas sim fruto de extensa discussão entre todos os atores sociais (Estado e a população), do qual prescinde a concepção de uma ordem pública integrada às comunidades e de ampliação do combate ao crime, com ênfase na proteção da população, com a adequação da atividade policial às normas constitucionais de proteção e garantias, independentemente da classe social do indivíduo.

No tocante à ordem social, esta é um instituto também complexo, previsto no art. 193 da CRFB/88, cujas bases legais são “o trabalho com objetivo no bem-estar e justiça sociais” e deriva dos direitos sociais, todos previstos no caput do art. 6º, da CRFB/88, veja-se, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Para Silva (2017, p. 287-289), o fato de estarem a ordem social e os direitos sociais separados na CRFB/88, não expressa uma distinção entre si, pois, da leitura dos direitos sociais, conforme visto acima, é nítida a integração entre os dois institutos, e que o constituinte apenas os separou para deixar claro os direitos relativos aos objetivos sociais, e no capítulo referente à ordem social, os mecanismos e aspectos

organizacionais referentes a estes direitos. Assim, ao conceituar os direitos sociais, vê-se que estes são uma nova dimensão dos direitos fundamentais do homem, que abrangem as prestações (ações) realizadas pelo Estado que visam a melhoria da vida e garantia de bem-estar à população menos abastada, minimizando as diferenças sociais, ou seja, está ligado à igualdade.

Conceituar a ordem social e os direitos sociais são de extrema importância, pois estas garantias serão vítimas diretas da falta de eficácia da lei penal e da falta de segurança, conforme será apresentada no capítulo 3 desta pesquisa.

Por fim, a efetividade da lei penal, que nada mais é do que a garantia de aplicação das leis penais, e decorre, em especial de uma interpretação sistêmica de dois princípios constitucionais. O primeiro, trata-se do princípio da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88) que aduz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88) que garante “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A respeito do primeiro, Silva (2017, p. 434-435) aduz que se trata de direito subjetivo do indivíduo, que lhe permite invocar a tutela jurisdicional para assegurar-lhe o direito de ação ou defesa de seus interesses particulares, enquanto que ao segundo, versa-se sobre a resposta da atividade jurisdicional à demanda apresentada pelo cidadão, em tempo hábil, para que possa garantir o gozo de seus direitos postulados em juízo.

Desta feita, a efetividade da lei penal está estruturalmente ligada à finalidade do Direito Penal, qual seja, conforme Greco (2012, p. 4) a proteção de bens jurídicos tutelados. Nesta esteira, a certeza de que o Estado, enquanto titular da atividade jurisdicional, irá tutelar a pretensão do cidadão e, em tempo hábil, sem afronta ao devido processo legal, apresentar uma resposta a esta pretensão, para que assim, conforme ensinamentos de Araújo (2012, p. 136), finda a ação penal, prevalecendo a culpa, o juiz possa aplicar a pena devida ao acusado, sendo esta fixada dentro dos limites previsto no tipo penal, bem como o regime inicial para seu cumprimento, podendo, conforme o caso, aplicar a substituição de pena privativa de liberdade para as alternativas, logo, iniciando a execução penal.

2.3 Cumprimento Provisório de Pena e a Mitigação da Presunção de Inocência

Uma vez explicado que princípios podem colidir entre si, e compreendido que estes devem ser analisados conforme o caso concreto para que se proceda à resolução por meio da relativização ou mitigação de princípios, abordar-se-á o cumprimento provisório de pena (ou antecipação de pena), teoria doutrinária que decorre como consequência direta da mitigação da presunção de inocência, reforçada pelo julgamento do HC nº 126.292 SP, em especial atenção ao voto do ministro Luis Barroso, que complementou os fundamentos do relator, ministro Teori Zavascki.

Segundo comentários de Lenza (2012, p. 1178), ao analisar-se a possibilidade de execução de acórdão ante a pendência de recursos especiais e extraordinários, realizou-se voto favorável à execução de sentença, mesmo havendo precedente do Supremo em sentido contrário desde 2009, de que a antecipação da pena fere a presunção de inocência. Ainda, por meio do Direito comparado, também favorável à execução antecipada da pena, evidenciou-se que o uso dos recursos aos tribunais superiores visa, em determinados casos, a protelação da execução da pena, com claro viés de configurar-se prescrita a pena e sua execução, de modo que, lançou-se a teoria de mitigação da presunção de inocência em face de efetividade das decisões penais, ou seja, como mecanismo de garantia do cumprimento da lei penal.

Nesse sentido, Lenza (2018, p. 1178-1179), resumindo o voto do ministro, pondera no sentido de que a Constituição não estabelece a prisão ao decurso do trânsito em julgado da sentença, mas a culpabilidade do agente, sendo requisito para a prisão, a existência de ordem escrita devidamente fundamentada por autoridade competente, e não a impossibilidade de interposição de recursos. Em uma leitura sistemática dos incisos LVII e LXI, do art. 5º da CRFB/88, a presunção de inocência, enquanto princípio, pode ser aplicada de forma gradativa, em maior ou menor força, quando colidir com outros princípios e bens jurídicos tutelados em texto constitucional, como aqueles explicitados no subtópico anterior. Concluindo tal raciocínio, o ministro aduz que as condenações em segundo grau de jurisdição são provas substanciais de responsabilidade penal do réu (culpa), além de encerrar a fase de apreciação do contexto fático-probatório, momento em que o princípio da presunção de inocência é menos intenso, quando razoavelmente ponderado em face do interesse da Constituição na efetividade da lei penal.

Lenza (2018, p. 1179) ainda destaca três pontos fundamentais, citados pelo excelso Ministro Barroso, para justificar a mitigação do princípio da presunção de inocência, partindo-se de uma análise ponderada sobre os efeitos favoráveis decorrentes dessa decisão: a) melhor funcionalidade e equilíbrio da justiça criminal com a valorização das instâncias inferiores, coibindo-se o uso de recursos protelatórios; b) menor seletividade no sistema criminal, tratando de forma mais igualitária os indivíduos, e punindo com mais eficácia os criminosos de colarinho branco; e c) impõe quebra da impunidade do sistema criminal, com a antecipação do cumprimento de pena, sem necessidade de aguardar-se os recursos aos tribunais superiores transitarem em julgado, evitando-se a prescrição e o atraso entre o crime e a efetiva punição.

Assim, após estudarem-se os conceitos da hierarquia e da resolução de conflitos entre princípios, em especial análise, ao princípio da presunção de inocência, sua origem e aplicação no ordenamento pátrio, compreende-se que a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição, não pode ser utilizada para justificar uma intransponibilidade ao princípio da presunção de inocência, pois quando da análise do caso concreto e da colisão com outros princípios, tais como o da segurança jurídica, da ordem social e eficácia da lei penal, pode-se criar verdadeiro escudo jurídico à impunidade e desigualdades ante à ordem social, segregando indivíduos que possuem os mesmos direitos, conforme será analisado no capítulo seguinte, no qual serão apresentados os pontos mais criticados pelos doutrinadores contrários ao absolutismo dos princípios voltados à liberdades individuais, ante as demais gerações de direitos fundamentais.

3 DAS MAZELAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Há certo consenso entre os operadores do Direito que o sistema criminal brasileiro não é perfeito, logo, suscetível de possuir algumas distorções, tanto que em diversas oportunidades algum agente vem a público criticar determinado instituto penal, o que soaria normal, quando observado que a maior parte das críticas está revestida de um viés ideológico, ou seja, critica-se determinado aspecto da norma penal conforme o lado que se ocupa na relação processual.

Ocorre que de certa forma, algumas críticas vão além do simples jogo entre legalistas e garantistas. Nesse sentido, tem-se que uma crítica mais recorrente aduz que o sistema penal brasileiro é desigual, pois trata indivíduos ricos com maior benevolência do que os sujeitos pobres.

Já dizia Silva (2017, p. 225) ao se referir sobre o princípio da igualdade com enfoque na aplicação da lei penal, que esta deve ser interpretada como a lei penal e toda a legislação que dela deriva, aplicando-se a todos, sem distinção, aos que incorrerem na prática de um crime. Porém, é sabido que os mais abastados quase sempre conseguem ficar livres dos rigores da lei penal quando levados em comparação com os mais pobres, o que acaba gerando um tratamento de desigualdade ante a lei penal, destoando-se do princípio da isonomia.

Tal conduta de tratamento punitivo pautado na seletividade, ou seja, um sistema penal em que se privilegia, ou quando não, apenas integralmente aplicado nos casos que envolvem indivíduos com alto poder aquisitivo para custear uma defesa constante de seus interesses, acaba por criar um sentimento de impunidade, além de institucionalizar a desigualdade econômica, dentro de um sistema jurídico pautado em princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa e da isonomia.

Aduz Araújo (2012, p. 4-5) que há evidente distinção entre ricos e pobres no tocante ao funcionamento do sistema penal, quer seja, no âmbito do direito material, processual e na execução, e que esta distinção se dá tanto no abstrato, a saber, previamente e de forma genérica na legislação penal, quanto que concreta, na análise fática entre um sujeito rico e outro pobre que cometem o mesmo ilícito, que produzem resultados distintos, às vezes, teratológicos. Como se verá a seguir, destacar-se-á as desigualdades mais perceptíveis conforme o estudo publicado no livro “Só Preso Quem Quer: bastidores do sistema de punição seletiva”, do Mestre em Direito Processual Penal e Doutor em Direito Constitucional, Marcelo Cunha de Araújo.

A primeira distinção se dá no âmbito da prisão em flagrante, prevista no art. 302, do CPP, segundo Araújo (2012, p. 11), o flagrante se configura quase que exclusivamente para os crimes que produzem vestígios materiais (violentos), que na sua maioria são cometidos por indivíduos mais pobres, ao turno que, nos crimes de colarinho branco, que são mais comuns às classes mais ricas, raramente ocorrerá hipótese de prisão em flagrante. Tal distinção também ocorre na prisão preventiva, conforme Araújo (2012, p. 17), que se aplica, na prática, conforme os requisitos objetivos do art. 313 do CPP, porém, aqueles que possuem residência fixa,

primariedade e trabalho comprovado, requisitos que abarcam a parcela mais abastada da população, acabam se sobrepondo aos sujeitos mais pobres, que trabalham na informalidade e ou, quase não conseguem comprovar moradia ou renda estável.

A segunda distinção se dá no âmbito da presunção de inocência, Araújo (2012, p. 18-49) explica que, na prática, tal dispositivo que impõe a constituição de culpa ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória cria verdadeiro obstáculo intransponível à execução penal, a partir de uma interpretação errada em relação à aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, de forma absoluta, sem que se haja a permissibilidade de mitigação e concessões a esta garantia (conforme já destacado no capítulo anterior), equiparando a execução de pena, antes do trânsito em julgado, à condenação arbitrária observada em regimes ditatoriais.

Esta interpretação absoluta, que impede o cumprimento de pena até o trânsito em julgado do último recurso, inclusive os claramente protelatórios (que serão explicados mais à frente), acaba beneficiando aqueles que possuem condições de pagar as elevadas despesas com honorários e, evidentemente, deixando o processo mais moroso, e muitas vezes com clara intenção de procrastinar-se até a prescrição, conforme tem-se, por exemplo, em casos famosos como o do jornalista Pimenta Neves, que postergou por mais de 11 anos a sua prisão, mesmo sendo assumidamente culpado pelo homicídio da sua companheira, e quando finalmente condenado a cumprir pena de 14 anos, permaneceu por cerca de dois anos e meio preso em regime fechado, até receber o benefício da prisão domiciliar em decorrência da sua idade.

A terceira distinção, conforme Araújo (2012, p. 70-76), está na chamada defesa agressiva, que se constitui na prática da superutilização dos meios de impugnação das decisões judiciais, que vão desde a excessiva apresentação de requerimentos, passa por audiências tumultuadas e acaba no número exagerado de recursos, inclusive repetitivos, com a intenção de atrasar o processo e manter o réu em liberdade ou ainda, ganhar a absolvição pela prescrição do crime. Como exemplo, citam-se os casos do dono do Banco Santos, Edemar Cid Ferreira, que chegou a um número de 32 requerimentos levados à justiça, e do ex-juiz Nicolau dos Santos Neves, que apresentou, por meio de sua defesa, 32 habeas corpus em uma única ação penal que o acusava de formação de quadrilha. Desta feita, os sujeitos que possuem maior poder aquisitivo contratam advogados (ou vários escritórios) e, com uso do poder econômico, praticam uma defesa fundada na interposição e repetição de recursos,

com evidente intenção de atrasar o processo e buscar a absolvição pela ocorrência da prescrição, ou a liberdade durante o todo o trânsito da ação penal, a partir de uma decisão apresentada por um julgador mais “brando”.

Vale-se dizer, neste ponto, que a ampla defesa e o contraditório, que compõem o devido processo legal, não devem ser mitigadas ou suprimidas, vez que são garantias plenas do acusado no transcorrer da ação penal, por sinal, são estas garantias que revestem a decisão judicial (seja condenatória ou absolutória) de legalidade. Contudo, não se deve respaldar os atos da defesa agressiva, como requerimento de oitiva à testemunha que reside no estrangeiro e que pode ser suprida por outra que reside em território nacional, por exemplo, com a mesma legalidade que uma oitiva de uma testemunha indispensável. Aqui, trata-se de garantir que a ação penal seja um instrumento de comprovação da conduta do réu, não mero proceder de atos que visem atentar contra a lisura e o decoro do processo penal.

Nesse sentido, Araújo (2012, p. 39-40) cita reportagem sobre o caso do jogador Edmundo, que em 1995 se envolveu em um acidente de trânsito com três mortos e três feridos, vindo a ser condenado em 1999 a pena de 4 anos e 6 meses, e que após uma “infinidade” de recursos, teve, em 2011, a absolvição mediante a prescrição do crime, por decisão do STF. Tal caso é emblemático, pois o próprio jogador assumiu a culpa, mas mesmo assim, utilizando de recursos e meios de impugnação, procrastinou o processo, dentro da legalidade e contando com a morosidade da justiça, para que sua condenação se revertesse à absolvição pelo decurso de prazo prescricional da ação, às custas do próprio poder econômico, em total oposição ao que ocorreria, com um indivíduo que não possuísse tal condição financeira.

A título de curiosidade, Araújo (2012, p. 35-39) cita artigo escrito pelo Juiz Federal André Lenart, sobre como ocorreria um eventual julgamento do assassinato de John Lennon, caso o crime ocorresse no Brasil e o criminoso possuísse meios de custear sua defesa, tomando por base que o réu já estivesse com direito de aguardar o fim do processo em liberdade por decisão de *Habeas Corpus*, e decidisse apelar da sentença prolatada pelo Tribunal do Júri, em primeira instância. Seriam ao todo vinte e seis petições, abrangendo recursos a segunda instância e aos tribunais superiores, além de outras ações autônomas, como o *habeas corpus*, que serão sintetizados a abaixo, e demonstrado apenas os mais importantes, para não inchar o artigo.

1. apelação pedindo a anulação da sessão de julgamento pelo Júri e/ou redução de pena aplicada pelo Juiz Presidente; 2. embargos declaratórios opostos ao acórdão do Tribunal negando provimento à apelação; 3. embargos infringentes opostos ao acórdão proferido em embargos declaratórios opostos ao acórdão não unânime que negou provimento à apelação; 4. recurso especial interposto do acórdão proferido em embargos infringentes; 5. recurso extraordinário interposto do mesmo acórdão; 6. agravo de instrumento dirigido ao STJ contra decisão monocrática do Vice-Presidente do Tribunal inadmitindo o RESP; 7. agravo de instrumento dirigido ao STF contra decisão monocrática do Vice-Presidente do Tribunal não admitindo o RE; 8. agravo interno no STJ contra decisão monocrática do Ministro, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RESP; 9. agravo regimental no STF contra decisão monocrática do Ministro, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão monocrática do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RE; 10. embargos declaratórios ao acórdão da Turma do STJ, que negou provimento ao agravo interno contra decisão monocrática de Ministro da Corte, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão monocrática do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RESP; 11. embargos declaratórios ao acórdão da Turma do STF, que negou provimento ao agravo regimental contra decisão monocrática de Ministro da Corte, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão monocrática do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RE; 12. segundos embargos declaratórios ao acórdão da Turma do STJ, que rejeitou os embargos declaratórios anteriores opostos a acórdão, que negou provimento ao agravo interno contra decisão monocrática, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RESP; 13. segundos embargos declaratórios ao acórdão da Turma do STF, que rejeitou os embargos declaratórios anteriores opostos a acórdão da mesma Turma, que negou provimento ao agravo interno contra decisão monocrática de Ministro do Tribunal, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão monocrática do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RE; [...] 26. segundos embargos declaratórios opostos ao acórdão do plenário do STF, que negou provimento a embargos declaratórios opostos ao acórdão, que negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão monocrática, que negou seguimento ao HC interposto contra acórdão de turma, que foi interposto contra acórdão proferido pela Turma, que negou provimento aos segundos embargos declaratórios opostos ao acórdão, que negou provimento aos embargos declaratórios opostos ao acórdão que negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão monocrática negando seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão do Presidente do STJ, que inadmitiu o recurso extraordinário interposto contra o acórdão, que negou provimento aos segundos embargos declaratórios opostos no STJ do acórdão, que rejeitou os embargos declaratórios anteriores opostos a acórdão da Turma do STJ, que negou provimento ao agravo interno contra decisão monocrática, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão do Vice-Presidente do Tribunal local, que inadmitiu o RESP. (LENART, 2008, on-line).

Como listado acima, percebe-se que embora legais, o excesso de recursos como os embargos de declaração, inclusive, interposto contra outros embargos de declaração, e a interposição de embargos infringentes contra decisões colegiadas, ficam, desde a sua propositura, viciados por falta de fato ou conteúdo de mérito, e que, apenas são apresentados para que a ação penal corra com a maior lentidão

possível, por vaidade processual, com a fundamentação de seguir-se o devido processo legal. Pior, ante a enxurrada de recursos, a mera possibilidade de um juiz com uma interpretação mais branda decidir favorável ao autor, poderá implicar no retorno da ação penal a etapas já ocorridas, com fundamento de sanear o processo de vícios. Como já dito, a crítica aqui apresentada não se trata de suprimir do réu seus direitos e garantias constitucionais, mas de evitar-se que o poder econômico possa influir no campo jurídico, favorecendo o réu, quer seja pela procrastinação do processo, pela prática de defesa agressiva, e outras formas legais, mas imorais.

A quarta distinção ocorre na fase de investigação criminal, em seus estudos, Araújo (2012, p. 50-67) diz que, na maioria dos casos, e principalmente nos homicídios, os números de casos resolvidos que resultam em denúncia, havendo a identificação dos autores do crime, é inócua, muito por causa da falta de recursos para exames e perícias mais especializadas, que seriam mais utilizados em casos de maiores repercussões ou que envolvam pessoas famosas, e conseqüentemente ricas. Ainda, que em crimes que envolvam fraudes tributárias e ou corrupção, com desvio de recursos do erário público, as perícias contábeis são ainda mais morosas, pois esbarram na falta de recursos humanos e materiais, na preservação do sigilo e intimidade dos dados pessoais, que igual à presunção de inocência, criam uma barreira que dificulta o acesso das autoridades competentes para investigar, sobre o pretexto de garantir os direitos individuais dos investigados.

Assim, temos o seguinte ciclo vicioso, as autoridades solicitam acesso às informações bancárias de agentes suspeitos sobre o fundamento de apurar-se eventuais crimes financeiros e ou de corrupção, com base em evidência de enriquecimento ilícito, acima dos ganhos declarados pelos suspeitos. Os juízos solicitam evidências mais concretas às autoridades de investigação que justifiquem os crimes apontados, contudo, tais indícios mais robustos estão preservados atrás do sigilo das informações bancárias, e permanece o autor dos crimes impune até que uma conjectura maior, anos após as primeiras investigações, consiga trazer elementos que possam servir de indícios, tais como gastos desproporcionais ou aquisição de bens incompatíveis aos rendimentos. Neste intervalo de tempo, anos se passaram, e muitas vezes estes os recursos já foram lavados ou enviados a paraísos fiscais, e as investigações restam infrutíferas, pois sobre a alegação de defender os cidadãos de devassa do Estado aos seus dados e informações pessoais, acobertou-

se os desvios de conduta dos criminosos do colarinho branco, em dados bancários e financeiros.

A quinta distinção opera-se no tocante ao direito de não auto incriminar-se, que deriva do brocado *nemo tenetur se detegere* (não produção de provas contra si próprio). Conforme Araújo (2012, p. 83-88), mais uma vez, existe uma interpretação exagerada e absolutista deste princípio esculpido no art. 5º, LXIII da CFRB/88, que garante ao réu o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si. Assim, conforme o entendimento de alguns juristas, permite-se ao réu realizar uma infinidade de atos durante o processo judicial, tais como, mentir, identificar-se erroneamente, não fornecer material para identificação biológica e genética, esquivar-se de perícias grafotécnicas, e dificultar a produção de provas que dependam de alguma participação do acusado.

Ocorre que o indivíduo menos abastado, quase sempre desacompanhado de patronos, e ignorante de uma série de direitos, como o de permanecer em silêncio durante o interrogatório em uma delegacia, acaba por entregar-se durante a investigação criminal, enquanto que, aqueles que possuem maior esclarecimento e poder aquisitivo, resguardam-se ao silêncio e possuem orientações claras, para mentir ou forjar situações que atrapalhem o avanço das investigações e da própria ação criminal, por exemplo, ao criar uma testemunha falsa ou solicitar a inclusão de testemunha, que sabidamente não irá fornecer informações importantes ao processo, mas cuja intimação seja de difícil operação, apenas para burlar o devido processo legal.

As duas últimas distinções a que faremos menção operam-se no tratamento dado aos crimes contra o patrimônio e aos chamados crimes hediondos, que se enquadram nas distinções em abstrato. Para Araújo (2012, p. 105-111), o crime de furto, previsto no art. 155 do CP, e os crimes tributários, lidam com bens tutelados similares, patrimônio, embora diferenciados quanto ao titular deste patrimônio, logo, ao passo que o autor do crime tributário, ao restituir o valor devido ao fisco, ocorrerá impedimento na tramitação regular da ação penal, para o autor de crime de furto, a devolução da *res furtiva* enseja menor benefício ao réu, vide arrependimento posterior. Já nos crimes hediondos, observa-se que os tipos penais previstos são destinados a crimes violentos e que, em sua maioria, são cometidos pelas classes sociais mais baixas, enquanto que apenas um tipo penal, quer seja, o de falsificação de produtos terapêuticos, pode ser associado como crime de colarinho branco, deixando, ao

acaso, crimes de grave consequências e que impedem a construção de uma sociedade livre e justa, como a corrupção, a organização criminosa, as fraudes em licitações e outros crimes contra a administração pública que importem na redução da qualidade e oferta dos serviços públicos, e por consequência, da ordem social.

Para finalizar a discussão sobre as distinções entre ricos e pobres, e por quais razões elas persistem no ordenamento jurídico da seara penal e dentro da ação penal, como decorrente da

[...] tolerância a argumentos que privilegiam os direitos individuais em detrimento dos sociais, por um compreensível temor da ultrapassada ditadura militar. A ciência jurídica brasileira atual, por sua vez, não problematiza os aspectos de sua falta de neutralidade, aceitando dogmas ideológicos como verdades absolutas. Além disso, ela afastou-se totalmente da pesquisa empírica da realidade, contentando-se com discussões dedutivas retóricas sobre a forma correta de se interpretar normas jurídicas (ARAÚJO, 2012, p. 188).

Neste contexto, privilegia-se o indivíduo ante toda a coletividade, por pura questão ideológica, vez que não se aprofundam nas discussões práticas sobre a eficácia das normas, mas apenas em discussões teóricas, pautadas por vaidades entre doutrinadores e juristas.

4 DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Neste ponto, finda a discussão sobre a colisão de princípios e a efetividade pretendida com a aplicação do cumprimento provisório de pena enquanto mecanismo de quebra do paradigma de injustiça entre as classes sociais, será apresentada uma breve evolução dos precedentes jurídicos a partir de um histórico de decisões do STF.

O primeiro debate sobre o cumprimento provisória de pena no STF surge em junho de 1991, através de decisão unânime de oito votos favoráveis, no HC 68.726/DF, cujo teor da ementa aduz que é

EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de eexecução da pena imposta, após o

devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o §2º do art. 27, da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinários e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se espeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido. (STF, 2009, on-line)

Conforme a ementa e o voto do eminente relator do *habeas corpus*, Ministro Neri da Silveira (1991, p. 4-6), dada a falta de efeito suspensivo do recurso extraordinário e do recurso especial, vez que publicado o acórdão por órgão colegiado de segundo grau de jurisdição, formalizando-se a coisa julgada, passa-se à possibilidade de execução do acórdão, mesmo que ainda pendente o trânsito em julgado da ação penal. Ainda, não seria o caso de evocar-se conflito com o art. 5º, inciso LVII, vez que o acórdão decidido por órgão julgador de segundo grau possui natureza processual e é correlata a aplicação da lei penal ou da execução da pena, dado o reconhecimento da responsabilidade do agente (culpa), mediante o devido processo legal, com atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Frisa-se, quando primeiramente questionado sobre a possibilidade da execução do acórdão condenatório, mesmo que pendente de análise de recursos às instâncias superiores, o Supremo posicionou-se favorável, pois, entendia que estava reconhecida a culpa do agente, não havendo óbice ao cumprimento de pena. Tal posição permaneceu inalterada no STF por 18 anos, quando do julgamento do HC 84.078/MG, que tornou-se uma mudança de paradigma, onde a Corte decidiu, por maioria de sete votos contra quatro, pela inconstitucionalidade do cumprimento de pena provisória pela execução de acórdão decidido por órgão colegiado de segundo grau, cujo teor da ementa aduz que.

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. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito.

Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (STF, 2009, on-line).

Conforme a ementa e o voto do eminente relator do habeas corpus, Ministro Eros Grau (2009, p. 7-19), a discussão de mérito estava no conflito de normas existente no CPP e na LEP, quer sejam, art. 637³, caput do CPP e art. 105⁴, da LEP. Desta forma, conflita a norma processual que autoriza a execução penal consubstanciada na falta de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, com a norma de execução, que condiciona a execução ao trânsito em julgado da decisão. Os fundamentos para a revisão do precedente do STF aduzem o critério temporal, vez que a LEP é posterior ao CPP, a violação dos princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da ampla defesa, vez que não havendo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há de se falar em execução, utilizando-se como precedentes decisões das turmas do próprio Supremo, ao analisar o conflito do princípio da presunção de inocência ante a execução penal, assim, compreendeu o relator inadmissível qualquer entendimento que não fosse a literalidade do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, para a execução de pena, salvo os casos de prisão cautelar.

Por fim de causídico, a mudança no entendimento do Supremo, embora tenha observado decisões em *habeas corpus* relatados nas turmas do tribunal, mas não pelo

³ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

⁴ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

pleno (que mantinham posição contrária), revelam um fato curioso. O Relator, aduz, com ressalva de unificar o entendimento da turma a qual estava designado, a saber, a 1ª turma do STF, evocou remessa do HC ao Pleno, com fundamentos de necessidade de mudança no precedente e em decorrência da mudança da composição da corte, como visto em peça aparta, às folhas 20 e 21 de seu voto.

Sete anos após a mudança de precedente, agora em um contexto social de anseio pelo combate à corrupção e à impunidade, vide os movimentos sociais em constante atos públicos, volta o STF a discutir a execução provisória de pena por meio do HC 126.262 SP, proferindo decisão no sentido de retornar ao precedente anterior por sete votos a quatro, proferindo da qual segue a ementa.

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, 2016, on-line)

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki (2016, p. 4-16), ao discutir o mérito da colisão de princípios, entre a presunção de inocência e o da eficácia da lei penal, afirmou a necessidade de existir uma reflexão que atenda às demandas do indivíduo, mas também, à sociedade. Fazendo remissão ao HC 68.726/DF e outros com igual posição, o relator reforçou que a tese de execução provisória da pena era a que prevalecia no STF, com o fundamento de que a falta do efeito suspensivo dos recursos aos tribunais superiores e de que a existência de uma segunda condenação criava uma “consistência da acusação”, não havendo óbice à execução penal. Ainda, reforçando tal posição, citou as súmulas 716 e 717 do Supremo, que versam sobre a falta do trânsito em julgado das sentenças, não afetar a progressão de regime de pena aos condenados presos. Ao mudar-se de precedente, com a decisão do HC 84.078/MG, afirmou-se que o princípio da presunção de inocência é incompatível com a execução provisória de pena.

Após a apresentação dos precedentes em julgados anteriores no seu voto, o Ministro continua, afirmando que a condenação em primeiro grau, fundada em elementos de prova e cumprido o devido processo legal, constituiu-se em verdadeiro juízo de culpa a superar momentaneamente a presunção de inocência, em função da

natureza lógica da construção da sentença, que não se afasta em definitivo, vez que permite-se o recurso à instância imediatamente superior, por meio da apelação, na qual é estabelecido o reexame das provas e fundamentos fáticos da decisão, fechando-se o duplo grau de jurisdição, com o reexame de toda a matéria penal apresentada na decisão, inclusive, a não apreciada na primeira instância. E salvo a revisão criminal, são as primeiras instâncias as responsáveis pelo exaurimento das matérias fáticas e de prova, operando-se a sua preclusão ao remeter a ação aos tribunais superiores, que, neste raciocínio, cabem a discussão a matéria de direito, e devido à falta de reexame destas matérias, nos argumentos do Ministro, é justificável relativizar-se a presunção de inocência, ou até mesmo, sua inversão no caso concreto, desta forma, admitindo a execução da pena.

Continuando, o Ministro aduz que vários juristas e, inclusive, Ministros do próprio Supremo, citam a relativização do princípio da presunção de inocência em seus livros acadêmicos ou em votos na Corte, entre eles, destaca-se o Ministro Gilmar Mendes, que enfoca que esta mitigação é possível desde que construída em um processo progressivo e fundamentado, que não atinja ao núcleo objetivo do princípio, quer seja, o tratamento ao indivíduo como culpado e desrespeitado seus direitos tão somente por sê-lo processado. Nesta esteira, a também Ministra Ellen Gracie é citada, por pronunciamento no HC 85.886/RJ, ao aduzir que nenhum outro país no mundo mantém suspenso um acórdão para aguardar uma decisão de sua Suprema Corte, aliás, é também neste momento que apresenta o Ministro um comparativo com outros países que permitem o cumprimento de pena, inclusive, após decisões de primeira instância, enquanto pendente recurso às cortes superiores, tais como a Inglaterra, os Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina.

Na discussão sobre o uso do recurso extraordinário como meio para reforma do acórdão, cita estudo apresentado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84.078/MG, de que dos cerca de 167 recursos extraordinários que julgou, apenas 36 haviam sido providos, sendo que 30 destes, tratavam-se de regime de progressão de pena, outrossim, nota-se que os recursos extraordinários, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2005, dependem para seu provimento da repercussão geral, ou seja, relevância em aspectos políticos, econômicos ou sociais para serem recebidos, que conforme a prova acima, ficam adstritos a pouquíssimos casos, e menos ainda, a temas que envolvam as circunstâncias fática-probatórias dos acórdãos recorridos.

Ainda, pondera que a utilização desses recursos, conforme prática recorrente de interposição de recursos aos tribunais superiores, trata-se de mecanismo para prescrição da pretensão punitiva, vide a própria tramitação do recurso especial de nº 403.551/MG, cujo indeferimento ensejou ao HC 84.078/MG, que negado monocraticamente, teve a interposição de 8 recursos (sendo um agravo regimental, um embargo de declaração, um embargo do embargo de declaração, um embargo de divergência, que gerou o segundo agravo regimental, um segundo embargo de declaração e, por fim, um segundo embargo do embargo de declaração) até a prescrição da pena, vez que, da publicação do acórdão em diante, não havia sido operado novo marco interruptivo da prescrição, de modo que a sucessiva interposição de recursos claramente procrastinatórios, favoreceu à prescrição.

Em último comentário, aduz o Ministro que compete ao STF e ao Judiciário a efetivação do direito de punir do Estado, de modo que o retorno ao precedente do HC 68.726/DF cria um dispositivo de harmonização entre os princípios da presunção de inocência e o da eficácia da lei penal, por meio da sua relativização, quer seja, a sua leitura de forma não absoluta, conforme vigorou após a decisão do HC 84.078/MG, e que, havendo eventuais equívocos, e provando-se ser a execução de pena uma afronta aos direitos do réu, podem os recursos extraordinários e especiais, em eventuais pedidos cautelares, deferir efeito suspensivo aos recursos apresentados, ocasionando a revogação do decreto de prisão, mas não ser o efeito suspensivo a regra. Ainda, asseverou que é sempre válida a apresentação de *habeas corpus* ante a ato flagrante de violação dos direitos fundamentais do agente.

Até então, a matéria de cumprimento de execução provisória de pena após acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição estava apenas restrita a análise em casos concretos, em ações *inter partes*, contudo, isto mudou com o julgamento do agravo de recurso extraordinário (ARE) nº 964.246/SP, julgado pelo Ministro Teori Zavascki, no qual, em decisão por maioria de seis votos a quatro, reconheceu a repercussão geral do precedente apresentado no HC 126.292/SP, veja-se a ementa.

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (STF, 2016, on-line)

Desta feita, conforme voto do Ministro Teori Zavascki (2016, p. 3-37), que julgou o recurso por ser o juiz prevento em razão do HC 126.292/SP, foi reconhecida a repercussão geral e a constitucionalidade da matéria de forma unânime pelos ministros, assim, por tratarem-se de mesmo fundamentos apresentados no mérito do aludido *habeas corpus*, e nos embargos de declaração apresentados após esta decisão, decidiu-se pela manutenção do precedente reestabelecido pelo STF, evocando-se os votos apresentados pelo relator em ambas as ocasiões.

Por fim, resta necessário informar que o cumprimento provisório de sentença, com fundamentos na teoria da mitigação do princípio da presunção de inocência, mormente ter vigorado como jurisprudência dominante, entre os anos de 1991 a 2009, e de 2016 até o presente ano, ou seja, por 21 anos, volta a ser objeto de discussão pelo Supremo, com a propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) de número de 43, 44 e 54, propostas por partidos políticos e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo julgamento ocorrerá de forma conjunta, visto a conexão entre a matéria discutida, serem contrárias a aplicação da jurisprudência do STF, tendo todas estas ADC's, pedidos liminares não concedidos, até que o próprio Supremo venha a discutir o mérito, tendo tal julgamento sido adiado, pela última vez, em abril de 2019, e ainda não possui data marcada para julgamento pelo Pleno.

6 CONCLUSÃO

A mitigação da presunção de inocência é uma teoria recente no ordenamento jurídico pátrio, muito embora as ideias que consubstanciam a validade de sua aplicação – relativização de princípios pela técnica da ponderação razoável – seja amplamente conhecida pelos operadores do Direito. Conforme apresentado no capítulo sobre a posição jurisprudencial vigente no STF, paira sobre esta teoria, ares de legalidade e constitucionalidade, ao menos, até que seja o próprio Supremo motivado, quer seja pelas vias jurídicas (ADC's pendentes de julgamento) ou pelas

vias políticas (análise de outros recursos que rompam com a corrente vigente), a se posicionar novamente sobre o assunto.

Feita tal ponderação, a aplicação da teoria de mitigação da presunção de inocência visa, como exaustivamente dito, garantir a aplicação da lei penal e a eficácia das sentenças e acórdãos proferidos, de modo que, o sistema de persecução penal haja de forma equânime a todos cidadãos, sem privilegiar os mais economicamente favorecidos, que possuem amplos benefícios, no decorrer na ação penal, para garantir não só sua liberdade, mas também a impunidade. Outrossim, a aplicação desta teoria visa, entre outros modos, garantir que não se perpetue no sistema criminal brasileiro, um viés de punição seletiva, voltado quase que exclusivamente, aos mais pobres.

Desta feita, pode-se exemplificar, entre as vantagens da manutenção do cumprimento provisório de sentença, a valorização das decisões realizadas em instâncias inferiores, de modo que se reduzam a interposição de recursos meramente protelatórios que asfixiam as cortes superiores, criando uma justiça criminal mais célere, sem que para tal, haja restrição de garantias fundamentais do cidadão. Ainda, é possível afirmar que esta conservação também cria um sistema de punição menos seletivo, igualando os sujeitos réus nas ações penais, de modo que aqueles que sejam condenados, independentemente do seu poder econômico, cumpram sua pena.

Por fim, a preservação da eficácia da lei penal garante uma resposta melhor à sensação de impunidade que existe em relação aos crimes do colarinho branco, que quase sempre tem como objeto, a coisa pública, subtraindo não apenas as verbas de programas e projetos públicos, mas a dignidade do cidadão, que tolhido de serviços essenciais, como a saúde e a educação, vê no Estado, apenas uma forma de enriquecimento, e na falta de perspectiva, criando aversão às normas e à sociedade, vindo a atentar contra a ordem pública e social.

THE MITIGATION OF PRESUMPTION OF INNOCENCE:

A study on its applicability and efficiency

Tiago Spanhol Fernandes
Tea. Spe. Fabrício da Mata Correa

ABSTRACT

This article aims to contextualise the application of the provisional punishment compliance after confirmation of conviction, by a collegiate body in a double degree of jurisdiction, as a guarantee of the application of criminal law and collective security, before a procedural system with a guarantee bias, which allows the power differentiate the agents pursued by the state. The purpose of this study is to analyze the effectiveness of the decisions that have to be made in the face of its execution, in view of the absence, as a rule, of a suspensive effect of appeals after the second instance, based on the jurisprudential research of the Federal Supreme Court. The conclusion is that the Brazilian penal system until then tolerated that individuals of higher social class could enjoy legal mechanisms for not effectively serving the sentence, under the pretext of guaranteeing fundamental rights, as opposed to individuals of lower social class, whose same system of guarantees is not applied in the same way.

Key-words: Presumption of innocence, provisional execution of sentence, collision of principles, criminal process.

REFERÊNCIAS

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

BEZERRA, Raquel Tiago Bezerra. Limites do Princípio da Presunção de Inocência. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades. 2012. 102 f. Tese (Mestrado em Direito) Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 07. Mar. 2019.

_____. Lei n 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 07. Mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: 964.246. Relator: Ministro Teori Zavascki, DJ: 25/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>> Acesso em 07. Mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS : HC 68.726 DF 687261/130. Relator: Ministro Neri da Silveira. DJ: 20/11/1992. STF, 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>> Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS : HC 84.708 MG. Relator: Ministro Eros Grau, DJ: 26/02/2010. STF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS : 126.291. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 07/02/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 07.mar. 2019.

GUALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. N.143. p.191-209. Jul/set.1999. disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514>> Acessado em: 08 abr. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LENART, André. E se John Lennon tivesse sido assassinado no Brasil. **Reserva de Justiça**. 18 ago. 2008. Disponível em: <https://reservadejustica.wordpress.com/2008/08/18/e-se-jhon-lennon-tivesse-sido-assassinado-no-brasil>. Acessado em: 08 mar. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros, 2017.