

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

C O N S U L T A

Honra-me o Instituto dos Advogados de São Paulo, por intermédio de seu presidente, o ilustre e douto Advogado **JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO**, com pedido de consulta jurídica e formulação de parecer técnico jurídico sob tema específico.

Tenha-se em conta inicialmente, pois, que o Instituto dos Advogados de São Paulo, entidade bandeirante altaneira, fundada em 29 de novembro de 1874, declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 62.480, de 28 de março de 1968, pelo Decreto Estadual nº 49.222, de 18 de janeiro de 1968 e pelo Decreto Municipal nº 7.362, de 26 de janeiro de 1968, associação civil de fins não econômicos, que congrega juristas, professores, advogados, magistrados e membros do Ministério Público do país, dedicando-se aos altos estudos e a difusão dos conhecimentos jurídicos, ampliando os horizontes da cultura e das carreiras jurídicas em benefício da sociedade, e que, por decisão colegiada da

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Diretoria e Conselho de 24 de fevereiro de 2016, solicitou o presente parecer.

Trata-se, de fato, de esclarecimento consoante a percepção, deste parecerista, sobre dúvidas advindas da mudança de entendimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, no HC n° 126.292/SP, acerca da possibilidade de execução provisória da sentença condenatória após o julgamento em segundo grau de jurisdição. A título informativo, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, no mencionado v. Acórdão, modificou sua anterior jurisprudência, sendo vencidos os Senhores Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Fundamentalmente, coloca-se a dúvida acerca de violação, ou não, do princípio da presunção de inocência, tal qual inscrito na Constituição Federal, sem seu art. 5°, LVII.

Informa o Senhor Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, que o presente parecer, além de servir de lastro para orientação da posição daquele Augusto Colegiado sobre o tema em questão, também poderá ser utilizado, adesivamente, junto ao caso originário, HC n° 126.292/SP, junto ao Pretório Excelso, cujo v. Acórdão foi publicado em 17.5.2016, ou em outras peças jurídicas derivadas do caso base que serviu de motivação para a mudança de rota jurisprudencial, vale dizer, os casos conexos a Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, originária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que figura como réu, Márcio Rodrigues Dantas.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Para tanto, foram disponibilizados documentos.

Dessa forma, e com esse escopo, foram apresentados os quesitos a seguir.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Q U E S I T O S

1. Qual a abrangência, no Brasil, do princípio da presunção de inocência?

2. Como a decisão do HC nº126.292/SP, do Supremo Tribunal Federal, alegadamente acaba por violar ou mitigar o princípio da presunção de inocência?

3. Quais os parâmetros mínimos de incidência da presunção de inocência que devem ser garantidos pela jurisprudência?

P A R E C E R

1.A dimensão do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito.¹ Atualmente, no Brasil, ele mostra-se insculpido na Constituição Cidadã, de 1988, no rol de direitos e garantias individuais, em seu art. 5, LVII:

¹ Cf., entre outros, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 105 e ss. LUZÓN CUESTA, José María. *La presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex, 1991, pp. 13 e ss. JAÉN VALLEJO, Manuel. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Akal, 1987, pp. 11 e ss. ROMERO ARIAS, Esteban. *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*. Granada: Aranzadi, 1985, pp. 27 e ss. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 33 e ss. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, pp. 13 e ss. No Brasil, entre outros, BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 18 e ss. LAURIA TUCCI, Rogério. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 401 e ss. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 9 e ss. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 95 e ss. NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 239 e ss.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Constituição Federal

Art. 5, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Existem muitíssimas dimensões de acepção da mencionada construção. No que comporta no presente parecer, entretanto, cumpre destacar a ideia, lenta, mas firmemente defendida em sede do Supremo Tribunal Federal ao longo de quase uma década.

É de se notar, inicialmente, que, em termos processuais penais, a regra original do Código de processo Penal, datada dos anos de 1940, previa que:

Código de Processo Penal

Art. 594: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

Em termos bastante rasteiros, e sem maiores divagações, é de se ver que a regra era a prisão. Havia, verdadeiramente, o entendimento de que a condenação, ainda que em primeiro grau, já devia gerar efeitos imediatos. Mais do que isso, entendia-se, à época, que o réu somente teria

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

o direito de recorrer e apelar da sentença condenatória se passasse a cumprir imediatamente o *decisum* condenatório.²

Curiosamente, essa situação somente foi mitigada durante os anos 1970, o que coincidiu com os interesses de um dos representantes do regime de então, o conhecido Delegado Fleury. Tratou-se da alteração posta pela Lei nº 5.941/1973, a qual alterou o mencionado art. 594, do Código de Processo Penal:

Código de Processo Penal

Art. 594 com as alterações da Lei nº 5.941/1973: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, **salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória**, ou condenado por crime que se livre solto.

Qualquer que fosse a motivação de então, resta claro que, a partir da Lei nº 5.941/1973, deu-se maior capacidade de rendimento à presunção de inocência, em especial quando a própria sentença reconhecia a primariedade e os bons antecedentes do réu. Em tais casos, não mais se exigia que o mesmo se recolhesse preso, presumindo-se, portanto, sua inocência. É bastante óbvio que essa redação,

² Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade. Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 17 e ss.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

no entanto, criava insustentável presunção de culpa daquele não primário ou que não detivesse bons antecedentes.

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 e contrariamente ao entendimento de respeitável doutrina, o Supremo Tribunal Federal ainda mantinha a orientação de que o mencionado artigo fora recepcionado pelo Texto Maior, como se vê do HC n° 72.366/SP, Rel. Min. Néri da Silveira (DJ 26.01.1999), situação destacada pelo Min. Teori Zavascki, no HC n° 126.292/SP, o qual faz ampla relação de decisões em igual sentido.³

Aliás, é bem de notar que o v. Acórdão do HC n° 126.292/SP faz ampla menção a estudos que destacam a situação da presunção de inocência em diversos países, como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, França, Portugal, Espanha ou Argentina. Entretanto, e como se verá, a questão não é de se tratar em termos puramente descritivos, mas alinhados ao próprio entendimento da noção de recurso e trânsito em julgado nos respectivos sistemas.

De todo modo, ainda em momento anterior, uma comunhão de fatores, no entanto, acabou por sustentar a mudança de orientação jurisprudencial, em especial após decisões pontuais do Supremo Tribunal Federal, como do HC n° 83.128/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, ou do HC n° 85.144/SC, Rel. Min. Eros Grau. Em primeiro lugar, é de se ver a maior

³ Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., pp. 441 e ss. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 136 e ss.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

compreensão que passou a ser vista em relação ao que o Ministro Celso de Mello, em seu voto no mesmo HC n° 126.292/SP, denominou de "consciência do sentido fundamental desse direito básico", qual seja, a presunção de inocência.

Por um lado, isso nada mais era do que uma leitura do ordenamento à luz do espírito da própria Constituição.⁴ Tratou-se, em primeiro lugar, de uma maior sensibilidade acerca dos múltiplos diplomas internacionais vistos, a partir da segunda guerra mundial, sobre Direitos Humanos. De se ver, exemplificativamente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), entre outros.⁵ Em sua grande maioria, fazem eles, cada qual a seu modo, a defesa intransigente da presunção da inocência, implicando, mesmo, a excepcionalidade hoje combatida acerca das medidas restritivas à liberdade.⁶ Mas não só.

Outro fator, verdadeiramente essencial, a justificar a execução provisória da sentença condenatória com uma "visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático", deu-se pelo próprio ordenamento

⁴ Cf., sobre as noções de constitucionalização do princípio da presunção de inocência, JAÉN VALLEJO, Manuel. Op. cit., pp. 19 e ss. ROMERO ARIAS, Esteban. Op. cit., pp. 27 e ss.

⁵ Cf., com comentários, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Op. cit., pp. 113 e ss. VEGAS TORRES, Javier. Op. cit., pp. 32 e ss. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., pp. 65 e ss. BENTO, Ricardo Alves. Op. cit., pp. 40 e ss.

⁶ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., pp. 242 e ss.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

recursal brasileiro. Inicialmente, tenha-se em conta que certa parcela de culpa encontra-se na própria redação da Constituição Federal, ao mencionar uma pluralidade de situações recursais, não limitada, somente, ao segundo grau de jurisdição, mas, também, aos Tribunais Superiores. Isso fica evidente no texto constitucional:

Constituição Federal

Art. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

(...)

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Observe-se, outrossim, que a menção "recursal", ainda que em modo distinto, acaba por exigir uma diferença na percepção em relação à presunção de inocência. Essa lógica, em certo ponto caótica, acabou por prever uma primeira e uma segunda instâncias, e respectivas possibilidades de recursos especial e extraordinário. Ocorre que, no que toca aos recursos aos Tribunais Superiores, restou claro, a partir da publicação da Lei nº 8.038/1990,

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

que o efeito destes deveria se dar de maneira unicamente devolutiva, e não suspensiva (art. 27, §2º).

Lei nº 8.038/1990

Art. 27. (...)

§ 2º. Os recursos especial e extraordinário serão recebidos no efeito devolutivo.

A dúvida que passou a imperar dizia respeito se, em especial nos casos criminais, isso não implicaria uma ofensa à presunção de inocência. Numa primeira leitura, ainda sob à luz tradicional do art. 594, do Código de Processo Penal, não. Ao depois, com as críticas e revogação deste, sim.

Parece, portanto, importante recordar as ponderações do Ministro Eros Grau, quando observou que "constando da sentença que a execução está condicionada ao trânsito em julgado, fica vedada a expedição do mandado de prisão em decorrência do não-provimento do recurso de apelação exclusivo da defesa" (HC nº 85.144/SC). Na realidade, Sua Excelência já tinha em mente a impossibilidade de execução provisória, o que só se fez reforçar com tantos outros entendimentos posteriores, que foram, agora, postos de lado. Sob esse aspecto, a presunção de inocência não somente se mostra como um direito subjetivo público,⁷ mas,

⁷ Cf. LUZÓN CUESTA, José María. Op. cit., p. 13.



RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

também, um primado normativo e, dessa forma, parece aprioristicamente incabível sua restrição por modificação de entendimento jurisprudencial.

2.A realidade trazida pelo HC 126.292/SP

O caso que originou toda a presente celeuma é, de alguma forma, curioso sob o ponto de vista dogmático. Um determinado réu, Mário Rodrigues Dantas, viu-se acusado por suposta prática de crime patrimonial. Condenado, mas com direito de recorrer em liberdade, apelou e, em sede do Tribunal de Justiça bandeirante, teve confirmada a condenação e decretada sua prisão, consubstanciada, então, em uma execução provisória da sentença. Sabedor da jurisprudência a seu favor, impetrou, concomitantemente ao seu Recurso Especial, um Remédio Heroico ao Superior Tribunal de Justiça, que não deferiu a liminar. Pretendendo superar o fator de limitação posta pela Súmula nº 691, impetrou outro Habeas Corpus, desta feita ao Supremo Tribunal Federal. Naquele momento, o Relator, Ministro Teori Zavascki, deferiu liminarmente a ordem. E mais, em seu parecer, o representante do *parquet* também entendeu pela razão do paciente, mencionado, aliás, que:

“Com efeito, embora a sentença tenha permitido ao réu recorrer em liberdade, o Tribunal de Justiça, ao

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

negar a apelação, decretou a prisão preventiva, afrontando assim a proibição da reformatio in pejus. Embora, em tese, seja possível a decretação da prisão preventiva por fatos supervenientes à sentença, esse não é o caso dos autos, donde a ilegalidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação."

Durante o julgamento do mérito, contudo, sobreveio a alteração do entendimento jurisprudencial. Esse o brevíssimo relatório do que se passou no HC nº 126.292/SP.

A atual dúvida colocada, portanto, diz respeito ao fato da aparente mudança de orientação decorrente do HC nº 126.292/SP. Nesse sentido, parece necessário observar, com mais detalhamento, as considerações do voto no Relator, Ministro Teori Zavascki.

Diz Sua Excelência, que:

"Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos - mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

prova da incriminação -, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa - pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que



RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF - recurso especial e extraordinário - têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990."



RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Como se observa, o voto condutor teve por premissa a lógica vista, justamente, no momento anterior à jurisprudência mais garantista atualmente questionada. Tudo parece se fundar no questionamento acerca da efetividade das decisões condenatórias vista no encerramento da observação probatória (que sustenta o efeito suspensivo), na primeira e na segunda instâncias. Pois bem, para tanto, o voto condutor do HC n° 126.292/SP faz alusão a uma série de realidades estrangeiras, evidenciando que em diversos países não se espera a decisão da Suprema Corte para o início do cumprimento das sentenças condenatórias. Essa, contudo, uma leitura que não pode, simplesmente, ser transmutada à consideração nacional sem atenção a dois destaques essenciais.

O primeiro, diz respeito à própria construção do princípio da inocência na Constituição Federal. O constituinte de 1988 deixou clara a sua opção pela não consideração acerca da não culpabilidade até o trânsito em julgado, indo, portanto, muito além de uma consideração fechada na disciplina jurídica da prova, e isso não é visto de igual forma em outros países.⁸ Por exemplo, na Espanha, o art. 24.2, da Constituição, menciona, unicamente, que todos têm o direito a presunção de inocência.⁹ Nada se fala de trânsito em julgado:

⁸ Cf., ainda, a menção em outros países, BENTO, Ricardo Alves. Op. cit., pp. 53 e ss.

⁹ Justamente por isso, "en España, son conferidos tradicionalmente al principio de la presunción de inocencia, al menos, los siguientes significados fundamentales. En primer término, según esta regla todo acusado es inocente mientras no sea declarado lo contrario en sentencia, debiendo ser tratado dicho imputado durante todo el proceso – hasta la sentencia –, por ende, como tal inocente. Veremos a continuación que extremo esconde tras de sí mayores incertidumbres de las que quiere aparentar. El segundo corolario que tradicionalmente es extraído del principio de la presunción de inocencia consiste

Constitución Española

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a **la presunción de inocencia.**

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a

en que el acusado, puesto que no ha dejado de ser un ciudadano más – inocente –, no necesita probar su inocencia, recayendo la carga de la prueba en la acusación o acusaciones. Se añade también – estrechamente relacionado con el primero de los significados – que para ‘desvirtuar’ la presunción de inocencia habrá de llevarse a cabo al menos una mínima actividad probatoria – *recte*: suficiente – y de cargo. Este aspecto ‘probatorio’ de la presunción de inocencia suele ser denominado también ‘regla de juicio’, existiendo también una denominada regla de tratamiento extraprocésal. Por último, las pruebas habrán de ser válidamente obtenidas.” SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. cit., pp. 32 e ss.

declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Tampouco na Itália, a previsão é de igual redação que no Brasil. Embora próxima, o art. 27, da Constituição italiana menciona que ninguém será considerado culpado até a condenação definitiva,¹⁰ o que pode variar conforme o entendimento sobre os recursos existentes:

Costituzione italiana

Art. 27. (2)

La responsabilità penale è personale.
L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte.

¹⁰ Por essa razão é que a presunção de inocência guarda estrita ligação com a própria jurisdicionalidade. Para Ferrajoli, "se la giurisdizione è l'attività necessaria per raggiungere la prova che un soggetto ha commesso un reato, fino a che tale prova non sia stata raggiunta mediante un regolare giudizio, nessun reato può essere considerato commesso e nessun soggetto può essere ritenuto colpevole né sottoposto a pena. In questo senso il principio di giurisdizionalità – esigendo in senso lato che no si dia colpa senza giudizio, e in senso stretto che non si dia giudizio senza che l'accusa sia sottoposta a prova e a confutazione – postula la *presunzione d'innocenza* dell'imputato fino alla prova contraria, sancita dalla sentenza definitiva di condanna. Si tratta, come affermò Luigi Lucchini, di 'un corollario logico del fine razionale assegnato al processo' e insieme della 'prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino: presunzione *juris*, come suol dirsi, cioè sino a prova contraria'. Non l'innocenza, ma la colpa dev'essere dimostrata; ed è la prova della colpa – anziché quella dell'innocenza, dall'inizio presunta – che forma l'oggetto del giudizio." FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1990, p. 559.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A Constituição portuguesa, por outro lado, é a que mais se assemelha com a previsão nacional, ainda assim, com a possibilidade distintiva em função do que venha a se entender por recurso.

Constituição da República Portuguesa

Artigo 27.º Direito à liberdade e à segurança

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

- a) Detenção em flagrante delito;
- b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
- c) Prisão, detenção ou outra medida



RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.

5. A privação da liberdade contra o

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indenizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

A variação conceitual destes exemplos, escolhidos por sua proximidade e influência nas leituras brasileiras, dão boa amostra da dificuldade de simples transplantar outras realidades para os problemas nacionais. De qualquer forma, é de se ter em conta que o problema parece se firmar no contexto do que é trânsito em julgado e do que é recurso. No Brasil, como se viu, recurso, em sentido lato, não é unicamente a Apelação Criminal, mas, também, os recursos especial e extraordinário. Com isso, e diante da previsão do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, enquanto recurso houver, não se dará o trânsito em julgado.

Em outras palavras, somente após **todas** as instâncias recursais (a princípio, devolutivas ou suspensivas), é que alguém poderia ser visto como culpado, ou, mesmo, ter seu nome incluído no rol dos culpados. Justamente por isso, é que houve a mudança de orientação lógica-jurisprudencial, pois, afinal de contas, somente um culpado poderia ter, contra si, efetivada uma sentença condenatória. Dessa forma, superou-se o entendimento hermético do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990, passando-se a entender que o efeito devolutivo também é (ou deveria ser) suspensivo.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

No entanto, essa preocupação não foi levada em conta pelos votos vencedores. O voto do Senhor Ministro Edson Fachin, *v.g.*, apesar da riqueza de seu colocar, não mencionou tal fato, limitando-se a afirmar que também não se limitaria a sustentar a necessidade de uma duração razoável do processo. Sustentou, sim, que o Supremo Tribunal Federal não se assume como uma estrutura recursal para revisar injustiças do caso concreto. Dessa forma, não seria de se admitir 3 ou 4 órbitas recursais. Seu papel, em verdade e em suas palavras, seria de se assumir como estabilizador e unificador da interpretação das normas constitucionais.

Nesse mesmo passo, cumpre destacar que o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, frisou, em seu voto, que vários fatores, como a teoria da realidade, a seletividade do sistema penal, ou a necessidade de se superar o descrédito do mesmo sistema, imporiam uma modificação da leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência. Ora, diria Sua Excelência, embora a tal presunção se mostre como princípio, dever-se-ia traçar uma ponderação para sua efetiva concretização. Tal leitura, embora bem estruturada, não levou, contudo, em conta a realidade do apontado. Enquanto perdurar a existência recursal (ainda que especial ou extraordinária), não se dá o trânsito em julgado e, portanto, há de se respeitar a presunção de inocência. Para tanto, impossível aceitar-se desmedida possibilidade de execução antecipada da sentença. Não se trata, pois, de uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer, mas de um sistema que isso permite. Que se mude ou altere a Lei, mas não que se interprete restritivamente direito maior de liberdade.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Essa, sim, a exigência da sociedade, e não frisson por encarceramentos antecipados.

Bastante interessante é se verificar que o Ministro Cezar Peluso, quando veio a propor a denominada PEC dos Recursos (PEC 15/2011), teve isso em conta, e sugeria que os atuais recursos extraordinário e especial passariam a denominar-se ações rescisórias extraordinária e especial. Ou seja, não mais se encontrariam em uma lógica recursal, e, assim, seria possível, sem uma evidente ofensa à presunção de inocência, dar-se a execução da sentença condenatória após a decisão de segundo grau. Não mais havendo uma possibilidade recursal aos Tribunais Superiores, o trânsito em julgado seria visto mais claramente após o segundo grau. Utilizando-se uma lógica inversa, seria nítida a impossibilidade de uma execução provisória da sentença enquanto ainda houvessem recursos, mesmo sem qualquer apreciação probatória. Qualquer outro entendimento, viola, sim, o preceito constitucional. A distinção da órbita brasileira, portanto, dá-se em função da construção constitucional brasileira, e, para alterá-la, e possibilitar uma situação paralela à vista em outros países, seria necessário, também, uma alteração constitucional, e não simples leitura jurisprudencial.

O segundo destaque necessário à percepção de que as menções estrangeiras não se aplicam às vicissitudes nacionais, diz respeito ao fato de que, o próprio Supremo Tribunal Federal, na primeira consideração, aceitava, excepcionalmente, situações em que se conferia o efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Dessa

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

forma, encontravam-se situações em que, por vezes, se tinha execuções provisórias da sentença condenatória, enquanto, em outras tantas, não. Isso tinha um poder destrutivo tremendo à segurança jurídica, pois impunha um tratamento diferenciado a diferentes classes de réus. Sem dúvida, com uma padronização da jurisprudência do Pretório Excelso, isso se mostrou alterado, garantindo-se, em sua plenitude, a presunção de inocência.

3.0 potencial caos e a necessária busca por uma segurança jurídica

Importante destacar, *prima principia*, que não se está a analisar o caso em concreto, mas a fazer uma breve consideração acerca da construção que lastreou a mudança jurisprudencial, não em caminho alvissareiro, mas, em sentido revés, a um passado no qual as noções principiológicas não eram tidas em conta.

Por certo, os Ministros julgadores assumiram semelhante modificação com o melhor dos propósitos, qual seja, dar maior efetividade à Justiça. Isso ainda ganha mais clareza quando se verifica a observação do Relator do HC nº 126.292, Ministro Teori Zavascki, quando sustentou a presente mudança de rota do Tribunal Supremo:

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

"(...)Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. **A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário** (como, aliás, está previsto em textos normativos) **é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.** Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário,

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: **a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não**

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. (...)"

O sentimento de impunidade pode, de fato, gracejar na sociedade hodierna. As inúmeras denúncias de casos de corrupção, por exemplo, causam turbação na sociedade de modo bastante raro. Entretanto, a busca por uma efetividade não pode, jamais, sustentar uma agressão aos primados mais caros conquistados pela Constituição de 1988.

Também o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso destacou, como se viu, o anseio da diminuição da seletividade ou a quebra do paradigma de impunidade que campeia a sociedade atual. Entretanto, o ponto não é esse. Muito embora, v.g., os argutos votos dos Senhores Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia também tenham assumido tal postura, a questão é ajustar o papel do recurso e da presunção de inocência, e de, como isso, está gerar maior insegurança jurídica. Apenas isso.

Mesmo que com tais ponderações não se concorde, é de se ver que a construção normativa brasileira impede divagações no sentido de flexibilizar o sentido da presunção de inocência qual verificado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Em suma, por mais que seja do desagrado de alguns, dela não se pode fugir.¹¹ A jurisprudência

¹¹ O alerta de Sánchez-Vera Gómez-Trelles é emblemático nesse ponto. Diz o autor que "desde luego, quien no defienda la presunción de inocencia a carta cabal hasta el momento mismo de la sentencia, convierte el plenario y el proceso en sí, en un exangüe rito: en una pantomima superflua. Pero, a su vez, quien quiera defender decididamente la presunción de inocencia según la concepción tradicional que acaba de presentarse, es cierto que parece imposibilitar el proceso mismo." SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. cit. p. 34. Por mais discutível que possa ser a dificuldade colocada para a prisão de

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

caminhou em sentido evolutivo para conferir grau de legitimidade à semelhante princípio. Nesse esteio, jamais seria de se ter por legítima uma involução de sua esfera de abrangência. Além disso, ao mencionar, o voto condutor do HC n° 126.292/SP, que o sentido atribuível aos recursos especial e extraordinário são de natureza devolutiva, não se está a afastar a possibilidade de constatação de que, em determinados casos, se verifique, também, um efeito suspensivo, e, com isso, voltar-se-ia à insegurança jurídica, na qual uns têm mais bem preservada a presunção de inocência do que outros.¹² Nesse sentido, parecem descaber considerações de fundo sobre o âmbito de cognição estrito de tais recursos, pois o que se está a sustentar é a possibilidade existencial de recursos, e não sua capacidade de rendimento.

Aliás, nas magistrais palavras do Ministro Celso de Mello, em seu voto no já mencionado HC n° 126.292/SP:

“(...)Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo

um condenado sob à luz da presunção de inocência, há de se ter em conta que essa foi a opção do legislador, e, quanto a isso, não existe possibilidade interpretativa por parte do Supremo Tribunal Federal. Em termos hermenêuticos, as regras interpretativas podem – e devem – limitar o poder do Estado, mas, nunca, cercear as liberdades individuais.

¹² Cf., sobre a função de garantia da dogmática penal, e, em especial, as necessidades de previsibilidade, igualdade e justiça das decisões penais, YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2014, pp. 825 e ss.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer - repita-se - com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. Enfatizo, por necessário, que o "status poenalis" não pode sofrer - antes de sobrevir o trânsito em julgado de condenação judicial - restrições lesivas à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém - absolutamente ninguém - pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença transitada em julgado. Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação criminal, demonstrando, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário

R

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

respeitar-se a presunção de inocência.

Disse Vossa Excelência, então:

"(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, **quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.**"

(grifei)

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais. Isso significa, portanto, que inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso ou,

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República. Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e destacar-lhe as origens históricas, relembrando - não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas - que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas ("innocens praesumitur cujus nocentia non probatur", p. ex.), valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia, em benefício de quem era processado, verdadeiro "favor rei", que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do Ancien Régime. Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na

f

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado. Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

'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.**' (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art.147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

'Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, **requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.**' (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória."

Muitos poderiam ser os argumentos contrários ao pontuado no HC n° 126.292/SP, como seriam as questões das injustiças potenciais, ou da tragédia prisional que semelhante entendimento pode causar. Tais argumentos são absolutamente válidos e cheios de razão, não podendo o Judiciário deles se olvidar. O próprio questionamento do Ministro Celso de Mello, sobre o problema referente ao fato do Supremo Tribunal reformar, ainda que em parte, 1/3 dos recursos a ele submetidos, desde um primado de política criminal, é insofismável. Simplesmente não se pode aceitar uma execução provisória se ainda existe, por exemplo, a chance posterior (mesmo sem apreciação probatória) do réu se livrar solto. Até mesmo o revogado art. 594, do Código de

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Processo Penal, fazia essa ressalva. Inconcebível que, em 2016, se verifique semelhante retrocesso.

Entretanto, aqui, unicamente se coloca foco na lógica da construção defendida. O problema, em suma, é normativo. Dentro do espectro normativo brasileiro, não existe a possibilidade de retorno a um entendimento já superado em relação aos efeitos unicamente devolutivos dos recursos especial e extraordinário.¹³ E, isso porque, dentro de um sistema racional, enquanto recurso houver não se pode considerar efetuado um trânsito em julgado.¹⁴ Nesse aspecto, sim, existe uma agressão frontal à presunção de inocência qual colocada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Para uma alteração dessa sorte de entendimento, somente seria apta uma mutação constitucional. Nunca uma leitura *in malam partem*. E, diz-se *in malam partem*, porque quem verdadeiramente é aqui agredido é a sociedade como um todo, ou, mais evidentemente, os direitos e garantias individuais.

¹³ Cf. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. cit., pp. 46 e ss.

¹⁴ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., pp. 36 e ss. Como bem destacou em seu momento Magalhães Gomes Filho, "a fórmula utilizada pelo constituinte, consagrado o preceito como verdadeiro direito de todo acusado a uma presunção em seu favor, teve a virtude de propiciar a utilização do recurso de amparo constitucional nos casos em que a acusação não cumpre o ônus probatório, circunstância que levou a uma radical transformação na jurisprudência nacional. De fato, a incontestável proclamação da Lei Maior, reiteradas decisões do Tribunal Constitucional têm acentuado que o reconhecimento desse direito fundamental implica exigir-se para uma condenação uma mínima atividade probatória, praticada em juízo e com todas as garantias processuais, sem o que não estará destruída essa verdadeira presunção *iuris tantum* estabelecida em favor do acusado. No que toca à disciplina da prisão antes da condenação, embora de forma menos enfática, também a doutrina e a jurisprudência espanholas têm assinalado a necessidade de reexaminar-se, em face do princípio da presunção da inocência, o significado das medidas cautelares adotadas no curso do processo, evitando que possam ter o caráter punitivo, especialmente com atenção à duração excessivamente longa da restrição do direito de liberdade." GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. Op. cit., p. 30.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A alteração do rumo jurisprudencial, como aparentemente verificado na decisão do HC nº 126.292/SP, junto ao Pretório Excelso, mostra-se como um **retrocesso na leitura dos direitos e garantias individuais**; uma **errática interpretação do próprio Texto Constitucional**; um **verdadeiro perigo à máxima da presunção da inocência**; e a consagração de uma inegável **insegurança jurídica em casos vindouros**, principalmente em função da possível variação de entendimento em relação à prisão, ou não, necessária para os recursos especial e extraordinário. Nesse sentido, imperioso é o repensar de tal linha jurisprudencial.

Derradeiramente, de se levar em conta, humanisticamente, as considerações sempre pertinentes do Presidente da Corte Maior, Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, ao mencionar o perigo da inflação do sistema carcerário, conforme se depreende de seu voto. Fundamental, assim, um novo revisitar da questão, sopesando-se os argumentos aqui esgrimidos e outros tantos, sempre em favor das garantias individuais, e não se rendendo ao discurso punitivista contrário ao Texto Maior.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESPOSTAS AOS QUESITOS

1. Qual a abrangência, no Brasil, do princípio da presunção de inocência?

R. O princípio da presunção de inocência é assegurado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, no qual se lê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". A abrangência do princípio, também consagrado em inúmeros diplomas internacionais, foi, gradativamente, sendo consagrada em sua plenitude, sendo de se notar essa situação tanto em âmbito legislativo, com a revogação da regra de que "o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou por crime de que se livre solto" (art. 594, do Código de Processo Penal), pela Lei nº 11.719/2008); e, derradeiramente, pelo próprio Pretório Excelso, em inúmeras decisões anteriores.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2. Como a decisão do HC nº 126.292/SP, do Supremo Tribunal Federal, alegadamente acaba por violar ou mitigar o princípio da presunção de inocência?

R. A decisão do HC nº 126.292/SP, do Supremo Tribunal Federal viola, patentemente, o princípio da presunção da inocência como previsto na Constituição Federal brasileira, que prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Inimporta a possibilidade de apreciação probatória em sede de Tribunais Superiores, ou, mesmo, exemplos de outras realidades normativas. A redação da Constituição Federal não comporta qualquer possibilidade de execução provisória de sentença condenatória enquanto ainda houver recursos (ainda que especial ou extraordinário) a serem julgados.

3. Quais os parâmetros mínimos de incidência da presunção de inocência que devem ser garantidos pela jurisprudência?

R. De acordo com a redação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não cabem mitigações do princípio da presunção da inocência. Para tanto, somente uma alteração constitucional poderia gerar semelhante debate. A jurisprudência deve, assim, garantir que, enquanto existirem graus recursais quaisquer, não seria de se admitir a execução provisória da


RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

sentença condenatória. Nesse sentido, a decisão do HC n° 126.292/SP deve ser revista, sob pena de perversão completa do espírito garantista do texto constitucional.

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 18 de maio de 2016.


Renato de Mello Jorge Silveira

Advogado OAB/SP 130.850

Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo

Professor Titular da Faculdade

de Direito da Universidade de São Paulo

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

Livre-Docente em Direito Penal pela Universidade de São Paulo