

**CONFLITOS E TENSÕES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: EFEITOS RECURSAIS E PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA**

CONFLICTS AND TENSIONS IN BRAZILIAN
CRIMINAL PROCEDURE: APPEAL EFFECTS
AND INNOCENCE PRESUMPTION

Lucas Catib de Laurentiis

lucaslaurentiis@terra.com.br

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP) e pela Alfred-Ludwig Universität Freiburg

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP)

Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

RESUMO

Este trabalho analisará a necessidade do acusado condenado em segunda instância recolher-se à prisão enquanto aguarda o processamento dos recursos especial ou extraordinário que houver interposto. Sob a ótica processual, o tema aqui tratado envolve o conceito e as peculiaridades procedimentais do processamento dos recursos dirigidos aos tribunais de sobreposição. Sob a ótica substancial, o tema envolve a garantia constitucional da presunção de inocência. Por fim, sob o prisma institucional, discute-se o conflito de atribuições jurisdicionais das cortes superiores brasileiras. O trabalho compreende estes dois aspectos, questionando criticamente posições firmadas na jurisprudência brasileira e concluindo no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória deve ter natureza cautelar.

PALAVRAS-CHAVE

Recursos extraordinário e especial. Presunção de inocência. Prisão cautelar.

ABSTRACT

This paper will examine the need that a condemned defendant on appeal retires to prison while there is a pending process of special or extraordinary recourses. From the point of view of the procedure, the subject treated here involves the concept and the procedural peculiarities of processing resources directed to overlap courts. From the standpoint of substance law, the issue also involves the constitutional guarantee of presumption of innocence. Finally, through one institutional prism, this paper discusses the conflict of jurisdictional powers from Brazilian superior Courts. The work encompass both aspects, critically questioning positions held to the Brazilian jurisprudence and concluding in the way that prison before the transit in judged of sentence must have a precautionary nature.

KEYWORDS

Resources extraordinary and special. Presumption of innocence. Precautionary arrest.

SUMÁRIO

1. Fundamentos e características do sistema recursal em matéria penal. 2. Características e técnicas processuais excepcionais: os recursos especial e extraordinário brasileiros. 3. Princípio da presunção de inocência no Direito brasileiro. Considerações conclusivas. Referências.

INTRODUÇÃO

No interior do procedimento, seja ele pena ou cível, não há verdades absolutas¹. Nem por isso o processo pode ser visto unicamente pela ótica da utilidade ou da

1. Nesse sentido, pode-se dizer que: "A rigor, somando-se, de um lado, a impossibilidade de se atingir uma verdade objetiva, ante a irreduzível margem de incerteza que os meios processuais de reconstrução dos

efetividade da tutela jurisdicional. Há interesses que ultrapassam essa perspectiva restrita. São irrenunciáveis e legítimos neles mesmos². Utilizada como medida de defesa social, ao invés de garantia para a efetividade do processo, a prisão processual ultrapassa esse limite. Afinal, quando a dura necessidade de impor uma medida coercitiva³ converte-se em ameaça de imposição de pena⁴, a prisão processual deixa de ser uma cautela processual e se transforma em um ato de justiça sumária⁵.

Este trabalho abordará um tema específico relacionado com tais questões. A Lei 8.038 de 28 de maio de 1990 regulou o processo originário e os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores brasileiros. O art. 27⁶ desse diploma legal prevê que à interposição de recurso especial ou extraordinário não será atribuído efeito suspensivo. A questão a ser aqui abordada será então: essas normas autorizam afirmar que, após o julgamento de segunda instância, o réu deverá obrigatoriamente ser recolhido à prisão?

Tal questão já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC nº 84.078/MG assentou-se que “os preceitos veiculados pela Lei nº 7210/1984 (Lei de Execução Penal, arts. 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’), sobrepõe-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que 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”⁷.

faros não conseguem eliminar, e, de outro, uma interpretação extremada do princípio *in dubio pro reo*, o resultado seria a impossibilidade de toda e qualquer condenação penal”(BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37).

2. É o que salienta Ronald Dworkin: “Assim que o conteúdo do direito é determinado, a comunidade deve fornecer aos acusados de um crime, pelo menos, o nível mínimo de proteção contra o risco de injustiça exigido por esse conteúdo, ainda que o bem estar geral, agora concebido sem nenhuma referência ao dano moral, mas apenas tal como constituído por ganhos e perdas simples, sofra consequências” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131)

3. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, p. 553.

4. *Ibidem*, p. 560.

5. Assim, a respeito da incompatibilidade da prisão processual decretada com a finalidade de prevenção criminal, afirma Antonio Magalhães Gomes Filho que esta incompatibilidade “se revela ainda mais grave quando se tem em contra a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à ideia de justiça sumária” (MAGALHÃES GOMES, Filho Antonio, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 68). Em sentido oposto, sustenta Guilherme de Souza Nucci que frente a um “furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute, negativamente, no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, o que gera, por certo, intranquilidade” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 619).

6. Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões (*sic*). § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo

7. STF, HC nº 84.078/MG, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 05 de fevereiro de 2009.

Recentemente houve julgamento dessa corte em que, de forma mais eloquente, foi consignado que “a prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção – sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. Se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada – embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) – somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP”⁸. Contudo, é possível apontar precedentes em que o Supremo julgou em sentido oposto. É o que ocorreu no HC 90.645-1/PE, em que, após o voto favorável à concessão da ordem de soltura do ministro Marco Aurélio, o ministro Menezes Direito abriu divergência, no que foi seguido pelos demais integrantes da turma. Por isso, a ementa deste acórdão diz que “a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência”⁹.

Até 2009 havia um conflito de entendimentos instalado no Superior Tribunal de Justiça. A quinta turma dessa corte superior admitia que “esgotadas as instâncias ordinárias, com a condenação do réu, a interposição de qualquer dos Recursos Raros (RE e REsp.), mesmo que admitidos, não tem o efeito de suspender a execução da decisão penal condenatória, como se depreende do art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 e da Súmula 267 desta corte, segundo a qual, a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão”¹⁰. Já a sexta turma adotava posicionamento contrário, segundo o qual “a prisão cautelar, aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com a devida fundamentação, a sua necessidade, o que não ocorre na espécie”¹¹.

Prevaleceu o último entendimento. Dentre os precedentes que indicam tal mudança jurisprudencial, destaca-se o HC 112.306/RJ, no qual o relator, ministro Jorge Mussi, afirmou que “viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, haja vista interpretação decorrente do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, baseada no mero efeito devolutivo do recurso especial previsto no art. 637 do CPP”¹². Como se depreende da leitura do julgamento do HC 114.111/SP, a ministra Maria Theresa Assis Moura também tem contribuído para a consolidação

8. STF, HC 102.368/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-173, 17 de setembro de 2010.

9. STF, HC 90.645/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, 11/09/2007 10. STJ, HC 125187/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe 10 de maio de 2010.

11. STJ, HC 105.810-RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 15 de setembro de 2008.

12. HC 112.306/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 17 de agosto de 2009.

deste entendimento: “A ausência de previsão de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário não se constitui em motivo válido para o início da execução provisória da pena, porquanto tal representaria dano prejuízo ao princípio constitucional da não culpabilidade”.¹³

A intensão deste artigo é analisar os pressupostos e argumentos que circundam tais entendimentos jurisprudenciais. A contribuição que se pretende alcançar? Que os Tribunais Superiores possam enfrentar a questão em termos sistemáticos, determinando se em matéria criminal os recursos extremos têm ou não o atributo de obstar a execução da sentença de segundo grau.

Aqui o objetivo é, portanto, fortalecer o consenso que se desenha nos tribunais superiores. Isso porque, sob a ótica do escopo social do processo o “importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; é indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão”¹⁴. Imunizar e sedimentar um direcionamento jurisprudencial pressupõe a construção de argumentos sólidos e claros. Isso é o que se busca aqui realizar.

Em termos gerais, os argumentos contrários e favoráveis à admissão de prisão processual obrigatória anterior ao trânsito são os seguintes. Primeiro – o postulado da efetividade do processo penal exige que seus efeitos práticos ocorram após o julgamento de segunda instância. Segundo – a imposição de pena antecipada decorre de uma necessidade pragmática: ou se admite a execução provisória da pena enquanto não transitar em julgado definitivamente o processo penal de conhecimento, ou senão dificilmente haverá alguma execução penal.

Por outro lado, e agora sob o prisma teórico daqueles que não aceitam essas premissas, é possível indagar se na ausência de um pronunciamento jurisdicional definitivo, é legítimo o encarceramento de acusados sem que se verifiquem, no caso concreto, os pressupostos específicos das medidas cautelatórias. Não é tudo. Dado que o direito à tutela jurisdicional se mostra não só como manifestação do Poder Estatal, mas também como limite à sua realização¹⁵, há uma grave incompatibilidade entre a litispendência da discussão da culpa do acusado e da aplicação da pena discutida no processo.

Esses são os termos gerais da discussão. Os argumentos levantados para sustentar tais entendimentos serão analisados no decorrer deste estudo. Antes, serão ana-

13. HC 114.111/SP, rel. Min. Maria Theresa Assis Moura, Dje 30 de novembro de 2009

14. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 195.

15. Trata-se, portanto, de poder-dever “de categorizados e especializados funcionários do Estado, que se realiza mediante atividade substitutiva à dos membros da comunhão social. É isso, certa e necessariamente, em virtude da assunção monopolística, por ele – Estado –, da administração da justiça, e consequente vedação, em regra, da atuação autodefensiva, por aqueles, de seus afirmados direitos subjetivos” (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal, jurisdição ação e processo penal estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18). Também a esse respeito: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ighay, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 204.

lisados os termos da questão. Em um primeiro momento, o trabalho volta suas para os instrumentos processuais envolvidos nessa problemática: os recursos especial e extraordinário. Será exposta a configuração geral desses instrumentos processuais. O objetivo será identificar se na pendência de tais recursos é possível admitir que os efeitos do trânsito em julgado se façam presentes. A exposição dos requisitos formais e a finalidade desses recursos subsidiarão uma resposta negativa a esta questão.

Em um segundo momento, será analisada a regra constitucional da presunção de inocência. Este direito fundamental¹⁶ será enfocado na ótica constitucional. Serão abordadas as características da presunção de inocência a abrangência conferida pela doutrina ao conteúdo normativo de tal direito constitucional. Será então demonstrado que, entendida termos amplos, e conjugada à configuração dos recursos especial e extraordinário, o direito à presunção de inocência impede a decretação de prisão automática, também denominada *ex lege*, no direito brasileiro.

1. FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA RECURSAL EM MATÉRIA PENAL

O sistema recursal objetiva assegurar às partes em litígio o melhor julgamento possível. Mas esse conceito – o melhor resultado processual – não deve ser encarado simplesmente sob a ótica objetiva do processo. As expectativas e esperanças das partes também devem ser consideradas para que tal finalidade seja atingida. Por isso, o melhor resultado processual possível deve ser encarado sob as óticas objetiva e subjetiva. Sobre esse último aspecto, é preciso observar que a insatisfação gerada por uma pretensão judicial negada é mitigada pela abertura de novas instâncias de julgamento. Há, portanto, expressivo fundamento psicológico na construção de um sistema recursal¹⁷.

Mas não faltam elementos objetivos para subsidiar a necessidade do sistema recursal: deve haver um controle de qualidade¹⁸ das sentenças proferidas em primeira instância para que elas não sejam relegadas ao completo arbítrio de juízes

16. A norma do art. 5º, LVII, da CF, está inserida no Título II do texto constitucional, no qual são definidos os Direitos e Garantias Fundamentais. Não se desconhece o fato de que a doutrina e os tribunais apontam que nem todos os direitos que constam no art. 5º da CF são fundamentais. Nem se desconsidera o argumento, fundado no §2º, também do art. 5º da CF, de que nem todos os direitos fundamentais estão expressos neste dispositivo. Exemplo claro deste fato é o direito ao duplo grau de jurisdição, assegurado pelo art. 8º, n.º 2, letra h, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, mas sem previsão específica no Título da Constituição brasileira destinado aos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 192 e ss.

17. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso: “É próprio do homem apegar-se às suas convicções e teses, para vê-las vencedoras. O que está à base desse impulso parece sem uma constante necessidade de auto-afirmação e de subjugação do próximo ao interesse do julgador” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 21).

18. Cf. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 41.

singulares. O julgamento colegiado em tribunais visa compelir psicologicamente o juiz singular a proferir um melhor julgamento¹⁹.

A garantia do duplo grau de jurisdição também busca fundamento na preclusão de que a maior experiência dos desembargadores levará o processo um resultado mais equilibrado e justo²⁰. É significativa a necessidade de o julgamento de segunda instância realizar-se em órgão colegiado. Só o debate dos julgadores pode fomentar a busca pela melhor solução possível ao caso²¹.

De outro lado, sustenta-se que o direito ao duplo grau de jurisdição alonga em demasia a prestação jurisdicional e torna inefetiva a prestação jurisdicional. Sob essa ótica, o princípio da efetividade do processo entraria em rota de colisão com o direito ao processo justo e equânime. No mesmo sentido, afirma-se que o duplo grau de jurisdição desprestigia a atividade dos juízes de primeira instância, pois a ampla possibilidade de revisão das decisões de juízos singulares implica presumir o erro desses magistrados. Haveria, portanto, uma desconfiança presumida no sistema processual em desfavor dos juízes de primeira instância²². Mais. Dado que o juiz de primeira instância relaciona-se

19. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24. Contra esse argumento, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6ª ed., V.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 489.

20. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24.

21. Hoje, o sistema recursal brasileiro apresenta severas mitigações a esse raciocínio. Tendo em vista a busca de maior celeridade ao procedimento, as reformas do Código de Processo Civil outorgaram poderes para negar seguimento a recursos manifestamente inadmissíveis, prejudicados ou até mesmo improcedentes (art. 557 do CPC). Assim, os poderes conferidos ao relator do processo foram, em muito, ampliados. Chega-se ao ponto de conferir-lhe a possibilidade de julgar, monocraticamente, a matéria de fundo do recurso. No entanto, em respeito à necessidade de revisão colegiada dos julgados de primeiro grau – sentido este em que se realiza plenamente o duplo grau de jurisdição – o sistema processual abre a possibilidade de ser interposto recurso de agravo, no prazo de cinco dias, para que a matéria seja examinada pelo órgão fracionário do tribunal. A previsão do art. 38, da Lei 8038/90 é similar. Justificando tais previsões normativas, sustentou Nelson Nery Júnior que “os dispositivos legais que conferem poderes ao relator para decidir sobre a admissibilidade e o próprio mérito dos recursos extraordinário e especial (art. 38 da Lei 8038 e arts. 544, §2º, e 545, CPC) não são inconstitucionais, já que não ferem os princípios do direito de ação e do duplo grau de jurisdição. Quando o constituinte cometeu ao STF e STJ o julgamento dos recursos extraordinário e especial, respectivamente, não disse que o julgamento desses recursos fosse tomado por órgão colegiado, em atendimento ao duplo grau de jurisdição” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.178). Correto. A Constituição não cometeu especificamente aos colegiados das “Cortes superiores” o julgamento das causas de sua competência. No entanto, tampouco o fez em relação ao relator das causas de sua competência. Assim, uma interpretação que vise conferir ao duplo grau de jurisdição real efetividade, deverá reconhecer que negar possibilidade de acesso às turmas e câmaras julgadoras implicará sim em anular o direito ao duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, conferir: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 63.

22. Neste sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni que “o duplo grau tem relação com a desconfiança que o sistema deposita no juiz. No sistema da *common law* o juiz “de primeiro grau” goza do mesmo prestígio dos juízes das “Cortes superiores”, até porque o *trial-judge*, ao menos em nível federal, é considerado um “juízo” que nada deve aos demais em termos de conhecimento e experiência. O que quer dizer, em outras palavras, é que o sistema da *common law* confia mais no juiz, dando a ela, por consequência, maior poder” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6ª ed., V.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 489).

diretamente com a prova colhida nos autos e está também mais próximo das partes em litígio, a possibilidade de que sua decisão esteja equivocada seria menor²³.

Tais argumentos não atingem, no entanto, seu objetivo. Ao contrário. Enquanto garantia da realização de um processo justo – na verdade, minimamente justo – o duplo grau de jurisdição deve ser considerado como uma garantia inalienável. Nisso não há nenhuma presunção em desfavor dos juízes de primeira instância. Na verdade, a atividade interpretativa desses juízes é prestigiada em altíssimo grau pelo sistema processual brasileiro. Em alguns casos, o é até em demasia.

Para chegar a tal conclusão, basta considerar que conceitos abertos como “ordem pública” (art. 312, CPP), “verossimilhança” (art. 273, CPC) ou “indícios suficientes de autoria” (art. 413, CPP)²⁴ conferem grande carga de poder aos juiz de primeira instância. Muitas vezes, as medidas penais realizadas com fundamento em tais normas de conteúdo indefinido ultrapassam os limites razoáveis que devem pautar toda a atividade jurisdicional²⁵. Eventuais erros e desvios não podem não ser a regra na jurisprudência brasileira. Mas desconsiderá-los é admitir que as pessoas que sofram as consequências dessas medidas têm pouco ou nenhum valor para o sistema processual²⁶. Com base nessa consideração, pode-se afirmar que os “mecanismos de impugnação dos atos jurisdicionais soam, portanto, como natural consequência dos princípios democráticos que informam o sistema jurídico de uma nação, assentada sobre o valor da justiça e da dignidade da pessoa humana”²⁷.

Por fim, é possível estabelecer uma analogia entre a distribuição das funções processuais e a divisão dos “poderes”²⁸ estatais: ambos os mecanismos vi-

23. Com estes fundamentos, é possível esclarecer o sentido da manifestação lacônica do Ministro Carlos Ayres Britto no HC 90.645-1/PE: “as instâncias ordinárias são constitutivas do lídimo juízo natural”. Voto no HC 90.645-1/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, 11/09/2007.

24. Acerca da ambivalência significativa do termo “indício” no Código de Processo Penal: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 278.

25. A respeito da distinção de proporcionalidade e razoabilidade: SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. RT 798/26; AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.161. passim. Quanto ao processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*. In “Estudos em homenagem a Weber Martins Batista”, Bruno Marais Ribeiro e Marcellus Polastri Lima (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

26. Ronald Dworkin é bem claro a este respeito quando diz que se “a lei não provê um fundo com o qual réus indiferentes possam conduzir a cara pesquisa relevante para a defesa, isso pode demonstrar que se dá pouco peso ao dano moral de uma condenação injusta, a não ser que o efeito dessa falha seja avaliado como parte de um sistema que coloca um grande fardo de provas sobre a acusação e protege o réu também de outras maneiras” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 134).

27. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

28. Na verdade, expressiva corrente de constitucionalistas aponta que ao se referir à divisão de poderes, a Constituição não divide em parcelas iguais o poder soberano do Estado. Nem poderia. Este poder é uno e indivisível e sua manutenção nesta qualidade identifica-se com a sobrevivência do próprio Estado. A este respeito e neste sentido, afirma José Afonso da Silva que “o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 24ª ed. rev. e atual., 2005, p. 108, grifos do original).

sam impedir a concentração de poderes nas mãos de um mesmo agente estatal²⁹. Com base nisso, conclui-se que o “sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática de parcialidades a pretexto da liberdade interpretativa. No julgamento dos recursos, feito por pessoas, não se reproduzem necessariamente os mesmos possíveis sentimentos e interesses do juiz inferior, reconstituindo-se a indispensável impessoalidade”.³⁰

O duplo grau de jurisdição constitui, portanto, um instrumento necessário à realização de promessas fundamentais ao regime político realmente democrático: negá-lo implica em conferir poderes arbitrários a certos órgãos jurisdicionais, o que leva à desconsideração dos possíveis danos a direitos individuais que daí podem decorrer.

2. CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS PROCESSUAIS EXCEPCIONAIS: OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO BRASILEIROS

Toda essa argumentação se torna problemática quanto focamos a atividade e a competência dos tribunais superiores brasileiros. A amplitude do acesso recursal a esses tribunais de sobreposição é bastante mitigada pelo sistema recursal e isso altera completamente os termos da equação³¹. De forma técnica: nesses casos, a amplitude do efeito devolutivo da matéria analisada pelo tribunal *a quo* não é ampla, pelo que a amplitude do direito ao reexame do julgado também não existirá em toda sua amplitude.

Em princípio, a função exercida por cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal não é salvaguardar os interesses das partes em litígio. Sua existência deve-se, antes de tudo, a necessidades relacionadas à busca da manutenção da ordem, previsibilidade e segurança ao sistema jurídico como um todo. Presumidamente, sua função é, portanto, eminentemente política³².

29. A este respeito, pode-se dizer, com efeito que “o sistema de divisões de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenere em abuso” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107).

30. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220.

31. Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 258. Utilizando-se do mesmo termo, conferir: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 333.

32. Nesse sentido, afirma-se que “o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, constituem impugnações extraordinárias exatamente em função das características acima apontadas: são meios de impugnação que estão à disposição das partes, mas que visam na verdade à tutela do próprio direito federal; prestam-se somente ao reexame de questões de direito, excluída a análise de matéria de fato” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 267). Essa constatação abre espaço para a discussão relacionada à legitimidade democrática da Corte Superior. O problema não será tratado aqui. Basta, no entanto, observar a literatura

Não obstante, a defesa da ordem constitucional também pressupõe a defesa dos direitos ligados à pessoa. Se isso é certo, é preciso também admitir que, enquanto pender uma controvérsia acerca da legalidade ou legitimidade da condenação julgada em segundo grau de jurisdição, a competência do órgão de sobreposição ainda não estará esgotada. O processo não estará findo e toda a prisão que ocorrer nesse interregno será caracterizada, quando não estiverem presentes as condições para a decretação da prisão cautelar, pura e tão somente como antecipação da pena privativa de liberdade. Antes de avançar na análise desse ponto, voltemos à estrutura jurídica dos recursos extraordinário e especial.

As características e finalidades políticas dos órgãos jurisdicionais de sobreposição justificam a criação de condicionantes específicas da admissibilidade dos recursos extremos.³³ Exemplo: sem o devido prequestionamento – causas e questões devem ser apreciadas pelas “instâncias ordinárias” – não serão admissíveis os recursos extremos. A esse respeito, o entendimento adotado em diversas súmulas das cortes superiores³⁴, cujas origens conceituais remontam ao regramento do *writ of error* norte-americano³⁵, exige não só que o tema objeto do recurso seja ventilado na decisão recorrida, mas também que cite explicitamente³⁶ o dispositivo constitucional ou a lei federal debatidas.

Some-se a isso o entendimento jurisprudencial que afirma que, para que seja admitido o recurso extraordinário, a contrariedade em face da Constituição Federal (art. 102, III, a) deverá seja direta e frontal: o cabimento de recursos extra-

jurídica para constatar que há certo consenso acerca da inevitabilidade de julgamentos políticos, isso é, influenciados por elementos extra-jurídicos, pelas Cortes Supremas. Não que a interpretação jurídica não ostente em geral grande carga axiológica e, por isso, política. No entanto, estes elementos apresentam incidência muito superior nos julgamentos de tribunais superiores. A esse respeito ver: BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional brasileira, legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

33. Considerando que não só o recurso extraordinário merece esta denominação no sistema recursal brasileiro, mas também recurso especial: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59, passim. Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira posiciona-se contrariamente ao tratamento uniforme destes recursos realizado pela legislação processual brasileira, sustentando que não “parece muito feliz, por outro lado, a opção de legislador disciplinar sempre em conjunto o recurso extraordinário e o especial” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 13ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 589).
34. STF Súmula nº 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. STF Súmula nº 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento. STJ Súmula nº 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo”.
35. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309.
36. No dizer do Ministro Sepúlveda Pertence, o recurso extraordinário não investe “o Supremo da competência para vasculhar o acórdão recorrido à procura de uma norma que seria pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal a quo sobre a questão suscitada no recurso extraordinário” (AgRg 253.566-6, DJU 03.03.2000, citado em MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 318).

ordinários é excluído, *a priori*, quando a contrariedade à Constituição se der por via reflexa, pois “esse recurso é de tipo procedimental rígido, não comportando exegese ampliativa em suas hipóteses de cabimento”.³⁷ E não é tudo. A aplicação da Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, que impede o conhecimento de recursos extraordinários contrários a decisões que tenham dado “razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor”, leva à fragmentação da competência da Suprema Corte.

Isso porque, ao se admitir tal entendimento, reconhece-se que matérias de interpretação controvertida escapam à competência jurisdicional do Supremo. Nessa linha, haveriam duas classes de questões constitucionais: a primeira, que admite o processamento de recursos extraordinários e especiais, comporta questões constitucionais claras; a segunda, na qual estão incluídas as questões constitucionais difíceis e que ensejam múltiplas interpretações, não tem o poder de abrir as portas da jurisdição constitucional. Isso porque, a interpretação razoável do tema tratado da decisão recorrida é, segundo citado entendimento sumular, fator impeditivo para o conhecimento do recurso extraordinário.

No entanto, a razoabilidade ou a clareza da decisão combatida são questões de fundo (*errores in iudicando*) que ultrapassam o simples exame de admissibilidade do recurso. Há nisso tudo, portanto, um grave equívoco processual. Ao aplicar a Súmula nº 400, o Supremo Tribunal Federal confunde requisitos de admissibilidade e procedência do recurso extraordinário. Se a interpretação defendida em tal instrumento processual for razoável, será o caso de conferir-lhe procedência em um julgamento de mérito, não de negar conhecimento. Sob o ângulo estritamente processual, é preciso indagar se é possível admitir que, por meio de uma inversão da ordem lógica do julgamento, o recurso extraordinário não seja admitido porque a decisão atacada é pretensamente “razoável”. E se a razoabilidade da interpretação da norma discutida for o tema do recurso? Essa questão estará *a priori* excluída do debate das cortes superiores brasileiras?

Ainda no que diz respeito ao cabimento do recurso extraordinário, sustenta a doutrina que o preceito contido no art. 102, III, a,³⁸ da Constituição Federal não é “axiologicamente neutro”.³⁹ Decorre daí um contraste com as demais outras alíneas de tal dispositivo constitucional, pois a decisão que “contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidencia, incorreta, e como tal merecedora de reforma”.⁴⁰

37. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 248.

38. Art. 102. 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;

39. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 13ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 591.

40. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 13ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 591.

“Decisão incorreta” não é só inadmissível. Ela é também improcedente e a parte por ela lesada tem o direito de que ela seja tratada dessa maneira⁴¹. É o quanto basta para concluir que o art. 102, III, a, trata da questão do mérito recursal, não de um requisito de admissibilidade.

Por isso, já se decidiu que, ao apreciar casos em que se alegue contrariedade à lei federal (art. 105, III, a da Constituição Federal⁴²), o Superior Tribunal de Justiça “só conhece o recurso se for para provê-lo (...). Se não for para dar provimento, o STJ deixa de conhecer do recurso, simplesmente”⁴³. A crítica doutrinária a essa orientação jurisprudencial é contundente: “Não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, pois esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, *antes*, se haja transposto a preliminar”⁴⁴.

Vê-se então que todos esses fatores impeditivos do conhecimento dos recursos extraordinário e especial alteram substancialmente sua configuração processual e sua finalidade jurídica. Se levadas ao extremo, essas exigências impedem que muitas questões relevantes para o sistema constitucional e federativo alcancem os graus superiores de jurisdição.

É evidente que os tribunais de sobreposição não têm a menor condição funcional para apreciar todas as demandas sociais relacionadas à aplicação de normas

41. Até a edição da Súmula de jurisprudência predominante n. 401, do STJ (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”), tal questão era relevante para a determinação do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória. A literalidade desse preceito sumular fez parecer que, não importa mais a razão, o prazo para a rescisão será contado do julgamento do último recurso interposto pela parte. Mas os temperamentos já começam a aparecer. Em decisão recente, o STJ reconheceu que mesmo o recurso intempestivo obsta o início do prazo decadencial da rescisória, salvo se comprovada a má-fé ou o erro grosseiro da recorrente. Afirmouse então que: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial (Súmula 401/STJ). Deve-se tomar como marco inaugural para a contagem do prazo bienal a última decisão proferida nos autos, ainda que essa decisão negue seguimento a recurso pela ausência de algum dos requisitos formais, aí incluída a tempestividade (EDAgEAG 1.218.222/MA, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 15.2.12). No caso, o recurso fora inicialmente admitido. Somente veio a ser inadmitido depois da oposição de aclaratórios pela parte contrária. 2. Excepcionam-se situações nas quais é patente a má-fé do litigante, nos casos em que o inconformismo deu-se exclusivamente com o intuito malicioso de protrair o temo inicial para o ajuizamento da demanda rescisória, fraudando o prazo peremptório estabelecido na lei processual, quando ficar configurado o erro grosseiro (REsp 740530/RJ), rel. Min. Castro Meira, DJe 26 de setembro de 2012).

42. A única diferença destes dispositivos é a previsão, para o recurso especial, do cabimento para os casos de decisão que negar vigência à “tratado ou lei federal”, art. 105, III, a, da CF. No entanto, se “contrariar um texto tem um sendo mais largo e abrangente do que negar-lhe vigência” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240) forçoso será concluir que as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário são, neste ponto, idênticas.

43. RSTJ 78/177. Citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246.

44. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 13ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 592, grifos do original.

constitucionais. A grande quantidade de normas constitucionais; as aparentes tensões e contradições entre elas; a completa ausência de sistematicidade do Texto constitucional; combinados, esses elementos elevam exponencialmente o potencial conflitivo de temas constitucionais a níveis insuportáveis para um tribunal composto por poucos juízes. O fechamento das possibilidades de questionamento perante a jurisdição constitucional das liberdades é uma consequência direta e muitas vezes necessária da configuração global do sistema processual.⁴⁵

Ao reestabelecer a necessidade da demonstração da “repercussão geral”, a Emenda Constitucional 45/2004 coroou a tendência do alargamento dos filtros processuais e conseqüente afunilamento da admissibilidade dos recursos especial e extraordinários. Agora, ao utilizar tais técnicas processuais, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (art. 102, §3º, da Constituição Federal).

No direito comparado, há técnicas semelhantes de filtragem de demandas. O exemplo mais conhecido encontra-se no *Judiciary Act* de 1925, que outorgou à Suprema Corte norte americana o poder “discricionário de só julgar, das questões que lhe são submetidas, as que considera mais importantes pelo interesse público que encerram”.⁴⁶ Em 1988 o *Supreme Court Case Selection Act* restringiu ainda mais o cabimento de recursos, tornando a via seletiva do *certiorari* a única porta de entrada da *Supreme Court*⁴⁷. A finalidade dessas medidas? Tornar operacionais os trabalhos da Suprema Corte norte-americana.

Tudo isso demonstra que a interpretação dos requisitos de admissibilidade dos recursos extremos serve a finalidades nitidamente políticas e pragmáticas das cortes superiores. A “crise do Supremo” ocasionada pelo grande número de processos que chegam à apreciação do Supremo Tribunal Federal é o fator que determina esta tendência. De resto, tal situação já fora pressentida pelos deputados constituintes de 1988 e levou à criação do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸.

Já se observou aqui que essa é uma questão legítima. Mas saber se, com base em tais restrições de ordem pragmática, demandas individuais que pleiteiem

45. Essas mesmas questões hoje servem de fundamento para a restrição da admissibilidade dos recursos dirigidos às Cortes constitucionais Espanhola e Alemã. A esse respeito, vale consultar: SEGADO, Francisco Fernandez. El recurso de amparo como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal constitucional. *Revista de la Facultad de derecho*. Madrid: Universidad Complutense (2003): 105-171.

46. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84.

47. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. V, 13ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 584. Acerca da introdução de requisito similar na jurisdição constitucional espanhola, cf.: SEGADO, Francisco Fernandez. El recurso de amparo en Españã. *Revista jurídica da Presidência*, Brasília, v. 7, n. 74, ago/set (2005): 01-30.

48. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

o reconhecimento do direito da liberdade da parte podem ser afastadas ou não conhecidas, é um problema diferente e muito mais grave. Esse é o tema a ser debatido.

O ministro Eros Grau enfrentou esse problema no julgamento do HC 85.078/MG. Disse então que “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 ST] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes 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”.

Os efeitos em que são admitidos os recursos extremos são diretamente determinados por tal tendência. Se os requisitos de admissibilidade dos recursos extremos, mesmo que condicionadas a requisitos próprios, abrem espaço para que as partes interessadas pleiteiem que “seu direito seja aplicado à espécie” (Súmula 456 do STF) esses meios de impugnação deverão continuar a ser considerados como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial”⁴⁹. Devem ser considerado como autênticos recursos.

Esses meios de impugnação obstarão a formação de coisa julgada e condicionam a execução da pretensão pleiteada, até mesmo no âmbito cível, à prévia segurança do juízo. Nesse cenário, se o acesso às cortes superiores for condicionado a critérios pura e simplesmente políticos e de ordem objetiva – tais quais a segurança, a ordem do sistema ou a funcionalidade dos trabalhos do tribunal – será preciso concluir que o sistema processual admite a pronta execução dos julgados após a manifestação da segunda instância de julgamento.

Todavia, para que esta última hipótese pudesse ser admitida, a própria natureza dos tribunais superiores brasileiros deverá ser repensada. Isso porque se as causas decididas em segunda instância transitarem em julgado e autorizarem a execução provisória de penas, os tribunais superiores brasileiros deverão passar a ser considerados como autênticas cortes de cassação. Mas dita hipótese contrasta com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que de longa data admite que ao apreciar recursos extremos aplica o direito à espécie (Súmula n.º 456, STF). Cortes de cassação não exercem tal função processual.

No tópico seguinte, ao analisar as garantias constitucionais como a presunção de inocência e seus consectários, o direito à jurisdição penal e o devido processo legal, a hipótese acima levantada será afastada. Buscar-se então fundamentar o entendimento de que, uma vez reconhecida a natureza jurisdicional das cortes su-

49. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. V, 13ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 233.

periores, será impossível aceitar, sem violação do direito à presunção de inocência, a execução provisória de decisões sujeitas a recursos admitidos por aquelas cortes.

3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Dentre os direitos e garantias individuais e coletivos, a Constituição Federal de 1988 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5, LVII).

A redação do dispositivo citado, similar à que consta na Constituição italiana de 1948⁵⁰, ensejou as mesmas dúvidas aqui e lá. Nela se garante o estado de não-culpabilidade do imputado criminalmente até o pronunciamento de julgamento definitivo, por autoridade judiciária competente, a esse respeito. A primeira questão a ser levantada é então: o estado de não culpabilidade identifica-se com presunção de inocência?

Admitindo tal distinção, há quem considere que no Brasil não vige o direito à presunção de inocência, mas sim o direito a não culpabilidade⁵¹. Isso porque a única consequência desta garantia constitucional seria “fazer recair exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova”⁵². A presunção de inocência vista como mera técnica processual de distribuição do ônus probatório; essa é a tese sustentada por esses autores.

É preciso observar que, se tal hipótese estiver correta, a presunção de inocência não comportará propriamente uma inversão do ônus de provar. Cuida-se, na verdade, de “regra de julgamento unidirecional”⁵³, que impõe ao acusador ônus de provar a “existência do fato constitutivo do direito de punir”⁵⁴ e a inexistência de causas que obstem o exercício desta pretensão.

De toda forma, essa não parece ser a melhor interpretação de tal garantia constitucional. Isso porque, mais do que uma regra técnica de julgamento, a presunção de inocência é também uma garantia política⁵⁵. Enquanto tal, é uma regra dirigida aos próprios cidadãos, que sabem ser inocentes até que sua culpa seja definitivamente constatada. Dessa forma, a observância da presunção de inocência deve “orientar o tratamento do acusado durante o transcorrer do processo, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória”⁵⁶.

50. Onde se lê que “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” (art. 27).

51. Cf. MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Prisão temporária*. In “Revista de Processo”, ano 15, n.º 60, 1990, p. 86.

52. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, p. 31.

53. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 296.

54. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 297.

55. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 299.

56. MAGALHÃES GOMES, Antônio Filho. *O princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. Revista do Advogado, n.º 32.

A razão que fundamenta tal conclusão é encontrada nas características mais elementares do sistema processual penal. O *jus puniendi* do estado constitui expressão máxima do poder soberano e a pena privativa de liberdade a *ultima ratio* do sistema penal – o direito penal é informado pelo critério da fragmentariedade. Daí que a antecipação do encarceramento represente um barateamento da excepcionalidade do exercício da jurisdição penal: paradoxalmente considera-se desnecessária a análise exaustiva da correção do julgado no que diz respeito à restrição do direito de liberdade, quando até mesmo em matéria a execução provisória das sentenças e acórdãos depende do cumprimento de requisitos e pressuposto excepcionais. A inversão de valores é patente.

Não bastasse isso, essa garantia também foi assegurada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional em 1798. A dicção da garantia de tratamento é expressa nesse documento: “todo homem é presumido inocente até que seja declarada sua culpa”⁵⁷. O mesmo direito foi assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Também prevê o Pacto Internacional de Direito Civil e Político que: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 14.2). Por fim, no âmbito americano, o Pacto de San José da Costa Rica prevê expressamente como garantia mínima do acusado “o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8.2).

Sob essa ótica, a possibilidade de ser decretada a prisão do acusado enquanto não transitado em julgado no processo em seu desfavor, mostra-se inaceitável ante o sistema de direitos fundamentais assegurado pela ordem jurídica brasileira. Isso porque há uma evidente inversão de valores nas normas jurídicas e na jurisprudência que aceitam tal possibilidade.

Contra essa conclusão afirma-se, como já salientado neste texto, que a morosidade do aparelho judicial impede que o trânsito em julgado da condenação ocorra antes da prescrição da pretensão punitiva. Contudo, ao fazê-lo, submete-se o direito fundamental assegurado constitucionalmente a exigências organizacionais e pragmáticas do processo. Essa argumentação utilitarista não é aceitável quando se encontram em questão a eficácia de garantias constitucionais mínimas⁵⁸.

A prisão antes do trânsito em julgado deve, portanto, revestir-se de autênticos elementos cautelares. É a conclusão a que chegou a jurisprudência dos Tribunais

57. Tradução livre do original : «*tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait déclaré coupable*».

58. MAGALHÃES GOMES, Antonio Filho. *O princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. Revista do Advogado, n.º 32. É significativo o que Odone Sanguiné sustenta a este respeito: “Se o imputado, antes da sentença definitiva, é de considerar-se ‘não culpável’ é evidente que nenhuma limitação da sua liberdade pessoal pode dispor-se sob a só base da subsistência de eventuais elementos de culpabilidade; nenhuma proteção de interesses fundados em juízo de culpabilidade presentes antes da verificação definitiva pode justificar (ou melhor, tornar legítimo) o sacrifício da liberdade pessoal que a Constituição reconhece inviolável” (SANGUINÉ, Odone, *Prisão provisória e princípios constitucionais*. In “Fascículos de Ciências Penais”, 5(2), 1992, p.105).

superiores. Só assim será possível reconhecer a legitimidade destas custódias. Não é esse o caso da prisão decretada na forma do que dispõe a Lei 8.038/90.

O art. 27 de tal diploma legal prevê uma forma de prisão automática, anterior ao trânsito em julgado do processo e desvinculada de todo e qualquer elemento de cautelaridade. Mesmo que essa regra seja subsidiada pelo que dispõe o art. 637 do Código de Processo Penal;⁵⁹ mesmo que o Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento sumulado neste sentido;⁶⁰ mesmo que as Cortes Superiores restrinjam ao máximo o direito de acesso dos acusados em geral ao seu julgamento; ainda assim, enquanto o sistema constitucional reconhecer o princípio da presunção de inocência e prever possibilidade de interposição dos recursos especial e extraordinário, não é possível antever qualquer possibilidade do cumprimento antecipado da pena.

Na verdade, o argumento que sustenta a possibilidade de ser cumprida a pena enquanto ainda não transitado em julgado o processo criminal peca em seus próprios fundamentos. A par de os recursos extremos dirigidos às cortes de sobreposição brasileiras serem autênticos meios de impugnação intraprocessuais, vez que ostentam caráter infringente e substitutivo próprios a qualquer outro meio de impugnação intraprocessual⁶¹, sua previsão constitucional decorre, no caso do recurso extraordinário, da sistemática de controle difuso e incidental de constitucionalidade. No caso do recurso especial, a norma constitucional decorre da necessidade de uniformização da ordem jurídica federativa.

Impor à parte que leva recursos ao julgamento das cortes superiores o dever de recolher-se à prisão antes que sua pretensão seja analisada é, por isso, no mínimo paradoxal: o sistema ganhará em correição, vez que ao interpor tais recursos a parte aponta incorreções (vícios de inconstitucionalidade ou interpretação das leis), mas ela deverá sofrer com a constrição de sua liberdade pessoal, mesmo que seu inconformismo seja admitido, conhecido e finalmente provido.

Mais uma vez, ocorre aqui uma inaceitável inversão de perspectivas: o direito subjetivo do interessado é instrumentalizado em função da manutenção da

59. Art. 637. CPP. 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.

60. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (STJ Súmula nº 267 - 22/05/2002 - DJ) 29.05.2002).

61. As peculiaridades de cabimento dos recursos dirigidos às Cortes Superiores não convencem José Carlos Barbosa Moreira a respeito de sua especificidade. Sendo assim, afirma este autor que as “peculiaridades do chamado recurso extraordinário não bastam para servir de base a uma classificação científica ou praticamente valiosa. À semelhança dos outros, o recurso extraordinário *obsta*, quando admissível, ao trânsito em julgado da decisão, consoante resulta da disposição expressa do próprio art. 467. (...) Em esforçada tentativa de insuflar vida à classificação – nada merecedora de tamanho desvelo –, afirmou-se que os recursos ordinários tem como objeto próximo a proteção de direito subjetivo, enquanto os extraordinários visam a proteger o direito objetivo (...) e só reflexamente, secundariamente, o direito da parte (...) Entretanto, (...) os recursos ‘ordinários’ quando interpostos pelo Ministério Público na qualidade de *custos legis* também visam precipuamente à proteção do direito *objetivo*, e nem por isso – conforme se reconhece – passam a integrar a outra classe” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 589).

ordem do sistema. A simbologia que se encontra pressuposta a essa regra é ainda mais assustadora. Ao privar a parte do direito de recorrer às instâncias superiores em liberdade, o sistema afirma que não importa o direito ou a integridade física da pessoa – todos sabem quão pernicioso para a imagem e a auto estima de alguém o recolhimento à prisão. O que importa para a ordem jurídica que impõe a prisão automática a quem ainda não obteve um julgamento definitivo de sua demanda é simplesmente constatar a compatibilidade vertical, no caso do controle de constitucionalidade, e horizontal, na hipótese da interpretação das leis, das leis e normas debatidas no processo. Isso não é só instrumentalizar o acusado. É também negar qualquer valor a seu eventual direito e à sua demanda.

Outro aspecto dessa questão diz respeito ao fundamento da prisão cautelar eventualmente aplicada na ocasião da interposição do recurso extremo. A antecipação da pena em relação ao trânsito em julgado do processo não pode ser admitida na atual ordem jurídica. Caso o réu tenha aguardado ao julgamento em liberdade, só situações extremas, relevantes e novas poderão fundamentar o decreto de prisão preventiva.⁶² Nesse caso, argumentos relacionados à defesa da ordem pública e eco-

62. Nesse sentido, veja-se o julgado do STJ: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para 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, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas “a”, “b” e “c”. 2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. 4. Como o writ foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena. 2. Se a determinação da segregação pelo Tribunal de Origem é procedida sem que se fundamente a necessidade da sua prisão antes do trânsito em julgado da condenação, ex vi do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, resta caracterizado o constrangimento ilegal, sanável pela via do habeas corpus. 3. Writ não conhecido. Habeas Corpus concedido de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso. (HC255.425/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 15/03/2013).

nômica estarão,⁶³ por exemplo, *a priori* afastados. Afinal, se tais fundamentos não levaram à decretação da prisão processual logo após a prática do delito, por mais razão não se prestarão a essa finalidade após o julgamento de segunda instância e enquanto pender a apreciação do recurso extremo. Não que a certeza do julgamento de segunda instância seja inferior ao do juiz singular. Mas a necessidade da prisão se esvai com o distanciamento no tempo da consumação do delito. Na prática, a não ser que o acusado tumultue o andamento processual ou procure se furtar à jurisdição penal, dificilmente haverá fundamentos cautelares para decretação da prisão processual.⁶⁴

E não é tudo. O sistema processual exige da parte que pretenda executar provisoriamente uma decisão que lhe é favorável a apresentação de garantias processuais (contracautelas). A finalidade de tal exigência é resguardar o direito do réu, ou acusado, de eventuais erros da decisão recorrida.

A execução provisória cível da tutela civil, por exemplo, exige do autor que pretenda realizar atos potencialmente lesivos ao interesse do autor a apresentação de caução “suficiente e idônea” (art. 475 – O, III, CPC) a resguardar o direito do executado. A contradição está em que para que se recolha o acusado à prisão – medida que, salvo nos casos de prisão cautelar por motivos processuais, afigura-se como uma forma de antecipação do encarceramento – não se exige qualquer contracautela do autor da demanda. Como se a liberdade tivesse um valor inferior à liberdade⁶⁵. Tal paradoxo dificilmente seria aceito até mesmo por aqueles que defendem a prisão automática dos acusados que tenham sido condenados em julgamentos de segunda instância.

63. A redação do art. 312 do CPP posterior à Lei 12.403/11 deixa claro o caráter cautela do encarceramento anterior à condenação definitiva: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

64. Neste sentido julgou a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: HC. CONDENAÇÃO. PRISÃO. RESP. O paciente permaneceu em liberdade durante todo o processo, sua prisão só foi determinada pelo fato de o recurso especial não ter efeito suspensivo. Porém a jurisprudência da Sexta Turma firmou-se no sentido de que, nesses casos, constitui evidente constrangimento ilegal à liberdade a prisão antes do trânsito em julgado. A prisão cautelar, aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com a devida fundamentação, a sua necessidade, o que não ocorre na espécie. Pelo exposto, a Turma concedeu a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos outros que revelem a necessidade de sua prisão. Precedentes citados: HC 48.171-GO, DJ 10/3/2008; HC 52.740-RS, DJ 4/6/2007, e HC 72.726-SP, DJ 10/12/2007. HC 105.810-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 28/8/2008. (Info. 360)

65. No HC 84.677/RS, o ministro Cesar Peluso sustentou que o “princípio da proporcionalidade” impede a prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença. Se, tratando-se de processo civil, a execução provisória da sentença requer, para que sejam executados atos de alienação definitiva dos bens penhorados, a prestação de caução (Art. 475-O, do CPC), não é possível admitir que o processo penal exija menos. Pelo contrário, como privação de liberdade é mais grave que a perda do patrimônio, a solução é desproporcional. Este também foi o que sustentou o ministro Peluso no julgamento da Reclamação 2.391/PR e o ministro Gilmar Mendes no HC 84.029/SP.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O tema tratado neste estudo envolveu a consideração de dois valores extremamente caros não só à teoria geral do processo, mas também ao direito brasileiro como um todo. Em termos gerais, avaliou-se em que medida os imperativos postos pela necessidade de conferir efetividade à tutela jurisdicional conflitam com o direito individual ao julgamento justo e definitivo. O fato de tais valores serem reconhecidos e prestigiados pelo sistema jurídico levou o trabalho a analisar argumentos a favor e contra a execução de penas impostas anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Quanto à necessidade de o sistema jurídico prever formas de reavaliação recursal das decisões tomadas por juízes singulares, ponderou-se que essa garantia constitucional visa limitar o arbítrio jurisdicional, finalidade esta efetivada por mecanismos análogos à divisão das funções estatais.

Em um segundo momento, este trabalho tratou da sistemática específica dos recursos extraordinário e especial no direito brasileiro. Foi descrita e fundamentada a atual tendência das cortes superiores: filtrar e limitar, por meio de mecanismos de limitação da admissibilidade dos recursos a elas endereçados, o acesso aos julgamentos das respectivas cortes. Foram descritas ainda as aporias e os paradoxos ocasionados por estas previsões.

Ao tratar do direito à presunção de inocência, o trabalho descreveu o regramento constitucional desse direito individual e fundamentou o entendimento que vê nela um imperativo de tratamento dos acusados em geral. Nesse sentido, presumir a inocência de um acusado é mais do que simplesmente lhe assegurar um regramento específico de distribuição do ônus da prova penal. É também uma forma de garantir a preservação do estado (*status*) de não culpabilidade daqueles que tenham de enfrentar uma acusação criminal. Isso porque, mais do que uma regra processual, a presunção de inocência é uma constitucional que pressupõe uma opção política – abdicar de toda e qualquer possibilidade de penalização criminal desvinculada do devido processo legal e da constatação com trânsito em julgado da culpa. Nesse sentido, a presunção de inocência pode ser vista como regra de tratamento dos acusados em geral e seu fundamento está não só no art. 5º, LVII, da CF, mas também nos incisos LIV e LV do mesmo artigo, que asseguram os direitos ao devido processo legal e ao contraditório e ampla defesa.

Previsões legais que negam efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não se encaixam neste modelo constitucional de processo. As razões que fundamentam tal conclusão foram desenvolvidas no decorrer deste texto. Só resta então concluir, mas também alertar. Recentemente, ditas normas processuais passaram por uma reavaliação e uma reinterpretação no âmbito dos tribunais superiores. Em menos de quatro anos, uma série de precedentes afastaram a necessidade do acusado ser recolhido à prisão após um julgamento colegiado. Para que não haja qualquer dúvida acerca da correção desse entendimento e para que o antigo pensamento seja definitivamente suplantado, este artigo vem simplesmente reforçar e busca esclarecer ideias.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade*. In: "Estudos em homenagem a Weber Martins Batista", Bruno Marais Ribeiro e Marcellus Polastri Lima (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional brasileira, legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *A Instrumentalidade do processo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERNANDES, Scarance. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MAGALHÃES GOMES, Filho Antonio. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- _____. *O princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. IN: "Revista do Advogado", n. 32.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6ª ed., V.2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Prisão temporária*. In: "Revista de Processo", ano 15, nº 60, 1990.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- PIOVESAN, Flávia. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. In: "O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro", Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- SANGUINÉ, Odone. *Prisão provisória e princípios constitucionais*. In: "Fascículos de Ciências Penais", 5(2), 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEGADO, Francisco Fernandez. El recurso de amparo en Españã. *Revista jurídica da Presidência*, Brasília, v. 7, n. 74, ago/set (2005): 01-30.
- _____. El recurso de amparo como via de generación conflictual entre el Tribunal Supremo e el Tribunal constitucional. *Revista de la Facultad de derecho*. Madrid: Universidad Complutense (2003): 105-171.
- SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. RT 798/26.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal, jurisdição ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Submetido: 14/12/2011

Aceite: 28/12/2012