

A CONSTITUCIONALIDADE DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELO STF

CONSTITUTIONALITY OF THE MITIGATION OF INNOCENCE PRINCIPLE
ACCORDING TO BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

LUCIANA DE OLIVEIRA BOTTOSSO

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

lbottosso@mpmg.mp.br

RESUMO: Este trabalho tem por escopo demonstrar que a mudança do precedente do Supremo Tribunal Federal, contido na decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que autorizou a execução provisória da pena a partir da confirmação da sentença condenatória em segunda instância, não representou afronta ao Princípio da Presunção de Inocência, mas um avanço quanto à aplicação desse princípio, tendo em vista outros direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição da República. Por meio do estudo dos fundamentos contidos nos votos do citado acórdão, referencial teórico do presente trabalho, e de uma pesquisa bibliográfica, buscou-se apontar que a Suprema Corte limitou o alcance do aludido Princípio fundamentada nas normas de interpretação constitucional, notadamente nos princípios da Proporcionalidade e da Unidade da Constituição bem como no preceito de que nenhum direito fundamental é absoluto. Conclui-se que a decisão constituiu uma mutação constitucional que harmonizou o Princípio da Presunção de Inocência com várias outras garantias constitucionais, representando verdadeira evolução em prol da efetividade da jurisdição penal, o que afasta fundamentos contrários à quebra do paradigma anterior, baseados apenas na salvaguarda do princípio da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: mitigação do princípio da presunção de inocência; execução provisória da pena; proporcionalidade; mutação constitucional; avanço.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to demonstrate that the change in the precedent of the Brazilian Supreme Court, contained in the Habeas Corpus decision No. 126,292/SP, which authorized the provisional execution of the sentence after the conviction confirmation at court of second instance, did not represent an affront to the Presumption of Innocence Principle in view of other fundamental rights and guarantees protected by the Constitution of the Republic. By means of the study of the foundations contained in the votes of the mentioned court decision, that is the theoretical reference of the present work, and of a bibliographical research, it was intended to point out that the Supreme Court limited the purview of the mentioned principle based on the norms of constitutional interpretation, notably in the proportionality and unity principles of the Constitution as well as in the precept that no fundamental right is absolute. It is concluded that the decision constituted a constitutional change that harmonized the Presumption of Innocence Principle with several other constitutional guarantees, representing true evolution in favor of the effectiveness of the criminal jurisdiction, which removes opposed foundations to the previous paradigm breakdown, based only on the safeguard of the Legal Security Principle.

KEY WORDS: mitigation of the presumption of innocence principle; provisional execution of sentence; proportionality; constitutional mutation; progress.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Presunção de Inocência e a necessidade de delimitação de seu alcance. 3. A possibilidade de limitação dos direitos fundamentais. 4. A mutação constitucional do Princípio da Presunção de Inocência. 5- Os princípios conflitantes com o princípio da Presunção da Inocência. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº. 126292, proferiu acórdão que modificou o seu precedente acerca da execução provisória da pena; permitiu-a a partir do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação.

Desde 2009, a Suprema Corte tinha o entendimento consolidado de que a execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, violava o Princípio da Presunção de Inocência, consagrado como direito fundamental, no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Entretanto, por meio do citado acórdão, houve a ruptura do paradigma anterior em direção diametralmente oposta; passou o STF a autorizar a execução provisória da pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, sob o fundamento, segundo o voto vencedor do Ministro Relator Teori Zavascki, de que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade do exame dos fatos e das provas, fixando-se a responsabilidade penal do acusado.

Além disso, não sendo possível o conhecimento de matéria fática nos recursos extraordinários e não tendo estes efeito suspensivo, a Suprema Corte considerou satisfeito o duplo grau de jurisdição quando findo o recurso na segunda instância; autorizou, dessa forma, a limitação do

Princípio da Presunção de Inocência em prol da efetividade da função jurisdicional.

A decisão acima gerou grande polêmica entre os doutrinadores e aplicadores do direito, notadamente quanto à argumentação de que ela representou retrocesso e ameaça ao Estado Democrático de Direito, por patente violação ao Princípio da Presunção de Inocência – direito fundamental dos cidadãos.

Todavia, há uma parte da doutrina que considera que a decisão proferida no HC nº. 126292 é revolucionária, uma vez que não elimina o Princípio em questão, mas apenas limita o seu âmbito de incidência, bem como o compatibiliza com outros direitos fundamentais resguardados pela Constituição, atendendo aos anseios de justiça da sociedade.

Nesses termos, o objetivo deste estudo é demonstrar, apresentando resumidamente os fundamentos utilizados no acórdão e outros entendimentos doutrinários, que o novo entendimento do STF sobre a execução provisória da pena está em consonância com a Constituição Federal e representa um avanço quanto à efetividade da jurisdição penal.

2. O Princípio da Presunção de Inocência e a necessidade de delimitação de seu alcance

O Princípio da Presunção de Inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República e estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A Lei Maior o erigiu como um direito fundamental do qual se pode extrair que cabe ao acusador a prova da culpabi-

lidade e não ao acusado o ônus dessa prova; por isso ele também é denominado de Princípio da Não Culpabilidade.

Segundo Nabuco Filho (2010, p. 94), o Princípio sob análise estabelece que alguém somente pode ser considerado culpado pela prática de uma infração penal após um processo em que tenha ocorrido um debate dialético, no qual a acusação demonstra a culpa e a defesa, a fragilidade dos argumentos da acusação.

Fernando Capez assim o define:

O princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento ao acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória. (CAPEZ, 2011, p. 44).

Verifica-se que, embora a Constituição Federal condicione o conceito do Princípio da Presunção de Inocência ao trânsito em julgado da decisão condenatória, o seu núcleo, na verdade, está atrelado ao ônus da prova da culpa bem como ao direito do acusado de ser processado com as garantias do devido processo legal, no qual lhe sejam assegurados os princípios que dele decorrem: do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, do contraditório, da ampla defesa, etc.

O Princípio em questão também está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como

Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992.

O referido diploma legal estabelece, em seu artigo 8º, item 2, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa [...]”. Determina, outrossim, na alínea “h” do mesmo dispositivo, como garantia mínima a ser observada no processo, entre outras, o duplo grau de jurisdição, uma vez que afirma que o acusado tem “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (BRASIL, 1992).

Depreende-se da leitura dos dispositivos legais acima que o Pacto de San José da Costa Rica limita a extensão do Princípio da Presunção de Inocência até o momento em que a culpa do acusado é aferida por meio do esgotamento da análise fático-probatória do processo, que ocorre com a prolação da decisão em segunda instância.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima afirma:

[...] a Convenção Americana de Direitos Humanos não exige o trânsito em julgado, mas, sim, a comprovação da culpa para ser afastada a dita presunção de inocência. Por meio de uma interpretação sistemática, extrai-se que restaria comprovada a culpa após o exercício do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, exige o trânsito em julgado da condenação para o afastamento da presunção de não culpabilidade. (LIMA, 2015, p. 101).

O trecho do voto do Ministro Relator do acórdão do HC nº 126292, Teori Zavascki, demonstra que a decisão contida no referido acórdão considerou a limitação contida no Pacto de San José da Costa Rica, *in verbis*:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016).

Ademais, em nenhum momento, o Pacto de San José da Costa Rica garante ao acusado recurso ao terceiro ou ao quarto grau de jurisdição, os quais corresponderiam aos recursos Especial e Extraordinário, uma vez que estes se limitam a resguardar as normas federais e constitucionais, respectivamente, e não casos específicos, que demandam análise de fatos e de provas.

Nos termos do trecho do voto acima, é cediço que os recursos extraordinários (Especial e Extraordinário), embora estejam ao alcance das partes, efetivamente tutelam apenas o direito federal, uma vez que prestam somente ao reexame da matéria de direito (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2008, p. 163). Não possuem, além disso, efeito suspensivo.

Esses recursos, pois, não podem ser utilizados como forma de manter o acusado em liberdade ou livre, de alguma forma, dos efeitos da condenação, sob o ônus de enfraquecer os julgados das instâncias ordinárias, nos quais há a análise pormenorizada do caso.

Impende destacar, outrossim, que o Princípio da Presunção de Inocência, conforme previsto no Pacto de San José da Costa Rica, não está em consonância com a literalidade do texto transcrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que também prescreve o Princípio sob análise.

Embora haja uma discussão acerca do *status* da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação à Constituição da República, é possível, mediante interpretação da Suprema Corte, a derrogação da norma contida na Lei Maior para adequar o dispositivo desta ao que dispõe o tratado de direitos humanos internacional. Isso ocorreu, por exemplo, quando da análise pelo STF da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, considerando-se as disposições trazidas pelo Pacto de San José da Costa Rica, no que concerne a esse tema.

Leonardo Magalhães, analisando a decisão do STF quanto à possibilidade ou não da prisão do depositário infiel, elucidou, com propriedade, a decisão tomada pela Suprema Corte. Para tanto, explicou o *status* concedido ao Pacto de San José da Costa Rica:

Para Campos (1.991), dizer que uma norma tem a mesma hierarquia das normas constitucionais, ou seja, dizer que os tratados de proteção aos direitos humanos têm hierarquia constitucional, não significa dizer que estão eles dentro da Constituição, mas sim que pertencem ao bloco de constitucionalidade.

Por outro lado, admitir a derrogação da Carta de 1.988, por mutação constitucional, certamente, acarretará numa mudança radical do paradigma de constituição. Isto é, o STF estará pontificando que há normas materialmente constitucionais, fora do texto escrito da Constituição. Essa alteração dos contornos e limites constitucionais, no entanto, deve

ser conduzida de forma gradual e circumspecta, sob o risco de enfraquecimento da eficácia e da força normativa da Constituição, adverte Bonavides (2.006) [...]

Portanto, o melhor caminho a *[sic]* seria viabilizar a derrogação da Constituição na parte que trata da prisão civil do depositário infiel.

No entanto, para os que ainda se encontram arraigados ao formalismo constitucional, essa norma internacional não teria fundamento de validade na CR/1.988, motivo pelo qual deveria ser encarada como inconstitucional e, como tal, extirpada do ordenamento jurídico pátrio. Enfatize-se que tal solução não deve prosperar.

Enfim, o Pacto de São José da Costa Rica, pela sua característica primordial de proteção aos direitos humanos, deveria ser erigido a status constitucional, inobstante as inovações trazidas pela E.C. 45/04. Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos e se tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, as três vertentes de proteção extraídas do art. 5º, § 2º, quais sejam: a) os direitos e garantias fundamentais expressos no texto da CR/1.988; b) os direitos e garantias decorrentes dos princípios e do regime constitucional e, por fim, c) os direitos e garantias oriundos dos tratados, dos quais o Brasil seja parte – estariam a autorizar a integração do Pacto ao direito pátrio como norma materialmente constitucional. (MAGALHÃES, 2013).

Assim, na decisão proferida no HC nº. 126292, a Suprema Corte não legislou em substituição ao Poder Judiciário, abolindo o Princípio da Presunção de Inocência, como muitos doutrinadores vêm argumentando. O que ela fez foi apenas rever seu precedente quanto à extensão desse Princípio, derogando a parte do dispositivo do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução da pena, adequando-o ao que dispõe a Convenção

Americana de Direito Humanos e aos demais princípios contidos na Lei Maior.

3. A possibilidade de limitação dos direitos fundamentais

Além de não representar violação ao Princípio da Presunção de Inocência, a decisão sob análise está legitimada pela possibilidade de restrição de qualquer direito fundamental, enquanto princípios constitucionais, quando há colisão entre algum deles.

Alexandre de Moraes (2003, p. 61) afirma que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”.

A Constituição da República, fundada em um Estado Democrático de Direito, assegura várias gerações de direitos fundamentais, os quais, muitas vezes, considerando a diversidade de suas dimensões e, portanto, dos bens a serem tutelados, entram em tensão; deve assim o julgador sopesar qual princípio terá relevância em determinado caso.

Nessas hipóteses, diferentemente do que ocorre com as regras, um princípio não exclui o outro, mas apenas há uma preponderância de um sobre o outro, conforme a clássica lição de Robert Alexy:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando, segundo um princípio, algo está proibido e, segundo outro, está permitido –, um dos princípios tem que ceder ante o outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio afastado, nem que, no princípio afastado, se deva introduzir uma cláusula

de exceção. Mais propriamente, o que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que predomina o princípio com maior peso. Os conflitos de regras, se concluem na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípio válidos – tem lugar mais adiante do que o da dimensão da validade: na dimensão do peso. (ALEXY, 2001, p. 89 apud FEITOZA, 2008, p. 9).

A ponderação dos princípios constitucionais deve estar pautada no Princípio da Proporcionalidade, o qual foi erigido ao *status* constitucional – embora não escrito na Lei Maior; funciona não só como limitador das leis e dos atos normativos que restringem direitos fundamentais, mas como balizador da atuação do Poder Estatal para a garantia desses direitos, embasado, sobretudo, na máxima que estabelece a vedação à proteção deficiente dos bens constitucionalmente tutelados.

Inocência Mártires Coelho, citando Karl Larenz, descreve o princípio acima:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, substancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra

de interpretação para todo o ordenamento jurídico (IARENZ apud COELHO, 2007, p. 109).

Depreende-se que o Princípio da Proporcionalidade é o principal meio interpretativo empregado quando há a colisão de direitos fundamentais. Afinal, é através dele que se pode estabelecer a máxima efetividade de um em detrimento da restrição do outro, sempre com fundamento na necessidade e na adequação da medida, tendo-se como substrato, outrossim, a ideia de justiça, equidade, bom senso, entre outros.

Quanto à possibilidade de mitigação do Princípio da não Culpabilidade, a própria Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LXI, que dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988), estabelece a possibilidade de relativização desse Princípio ao autorizar a prisão cautelar do agente em decorrência do flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. A última hipótese fundamenta a possibilidade das prisões preventiva e temporária.

É certo que as prisões cautelares são excepcionais e processuais, não se confundindo com a prisão decorrente de uma condenação. Entretanto, elas geram as mesmas consequências para o acusado: a restrição de sua liberdade, não sendo passível de retorno ao *status quo ante* quanto à eventual violação desse direito do indivíduo.

Todavia, a constitucionalidade dessas prisões é inquestionável, mesmo sendo autorizadas por normas infraconsti-

tucionais, exatamente pela ponderação que se faz entre a necessidade de restrição da liberdade do indivíduo e a de se resguardar a segurança da coletividade e a efetividade do processo penal, considerando-se esta solução como a mais justa.

Assim, pelas mesmas razões acima e tendo-se em vista a necessidade de limitação do alcance do Princípio da Presunção de Inocência, é um contrassenso não reconhecer a necessidade de relativização desse Princípio quando já foi conhecida a culpabilidade do agente no âmbito da análise das questões fáticas do processo bem como quando a sua aplicação literal conflita com vários outros princípios constitucionais.

Nesse sentido, colaciono os ensinamentos de Marcelo Cunha de Araújo:

[...] não há sentido jurídico, segundo as modernas teorias do discurso, na aplicação equânime do princípio da presunção da inocência ao réu que se encontre com investigações em estágio inicial e a outro com denúncia já oferecida pelo Ministério Público. A necessidade de mitigação do princípio mostra-se claramente quando um órgão jurisdicional isento se pronuncia pela culpabilidade do agente e pela necessidade de aplicação de pena (sentença condenatória pelo juiz de primeira instância). Com ainda muito mais propriedade, quando uma decisão do Tribunal Estadual é proferida no sentido da condenação do réu, o princípio da inocência deve ir perdendo aquela força inicial que existia antes do pronunciamento de tantos servidores públicos imparciais que por sua interpretação, atestam que o acusado é inocente. (ARAÚJO, 2010, p. 15).

A mitigação do Princípio da não Culpabilidade nos termos acima está em consonância com a ponderação imprescindível que deve ser realizada, uma vez que a sua aplicação

de forma dogmática restringe vários direitos fundamentais, conforme posteriormente será demonstrado.

4. A mutação constitucional do Princípio da Presunção de Inocência

A aplicação literal do Princípio da Presunção de Inocência – com a espera do trânsito em julgado da decisão para que seja iniciada a execução da pena – transforma-o em uma regra, impossibilitando a sua interpretação de forma razoável, o que é incompatível com a atual sistemática constitucional.

Com efeito, sem as ponderações agora realizadas pela Suprema Corte, o emprego do Princípio em questão é gerador de notório descrédito da sociedade relativamente à jurisdição penal e da impunidade do acusado, uma vez que lhe permite a interposição de vários recursos em liberdade – quando não presentes os requisitos para a prisão preventiva – até as instâncias extraordinárias, o que, muitas vezes, culmina com a prescrição do crime sem a respectiva sanção.

Tais fatos são violadores de direitos e garantias fundamentais da vítima e da sociedade e representam a aplicação demasiada de um princípio, cabível somente em benefício dos acusados, em prejuízo dos demais princípios constitucionais que resguardam toda a coletividade, o que configura verdadeira cláusula de exceção desses princípios.

Por isso, era mister uma nova interpretação do Princípio da Presunção de Inocência, com base no Princípio da Proporcionalidade e no princípio de interpretação constitucional da Concordância Prática ou Harmonização, o qual estabelece a necessidade de coexistência de forma harmônica dos princípios constitucionais, sem a hierarquia de um sobre o

outro; assegura, da mesma forma, a regra interpretativa da unidade da Constituição.

Canotilho (1998, p. 1150), apresenta a definição do princípio da concordância prática:

[...] o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

Nesses termos, o acórdão proferido no HC nº. 126292 utilizou-se da aplicação das normas de interpretação acima, realizando uma análise constitucional do Princípio da Presunção de Inocência, com o fim de compatibilizar a sua aplicação com os outros princípios e bens jurídicos tutelados pela Constituição da República, adequando-o, outrossim, ao anseio social acerca da efetividade do processo penal, como verdadeiro sinônimo de justiça, consubstanciada na possibilidade de efetiva punição do acusado que já teve a sua culpa confirmada na segunda instância.

Releva destacar que o argumento acerca da proibição da relativização do Princípio da Presunção de Inocência fundamentado na impossibilidade de “sopesamento de interesses de densidade distinta, sob pena de se tornar possível a violação de qualquer interesse individual mediante a desculpa retórica de se estar protegendo ‘o interesse público’, a ‘segurança de todos’ ou mesmo ‘combatendo a corrup-

ção'” (CASARA, 2015), *data venia*, é despido de uma fundamentação consistente.

Em primeiro lugar, é cediço que as normas somente existem mediante uma interpretação do exegeta, a qual é impossível de ser realizada sem a influência dos aspectos históricos e das realidades sociais, econômicas e políticas do Estado em determinada época, notadamente quanto às normas constitucionais que possuem natureza principiológica.

Esse fato garante o caráter dinâmico do Direito e a sua adequação às demandas sociais, evitando o engessamento deste, ante as formalidades que envolvem um processo legislativo, especialmente para se alterarem os dispositivos da Constituição Federal, ante a sua rigidez.

Dessa forma, por meio da interpretação pela Suprema Corte da norma constitucional, é possível delimitar o alcance desta, adequando o seu sentido aos novos valores sociais, sem a necessidade de uma alteração literal do texto. A esse fenômeno dá-se o nome de Mutação Constitucional, cuja possibilidade é inconteste no ordenamento jurídico.

O Ministro Luís Roberto Barroso, citando sua obra em seu voto no acórdão do HC nº. 126292, quanto ao tema, afirma:

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

[...] A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.

[...] A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro. (BARROSO, 2015, p. 135-136).

Nesses termos, a mutação constitucional realizada pela Suprema Corte relativamente ao Princípio da Presunção de Inocência atendeu aos atuais valores sociais, que, considerando a crescente criminalidade e os diversos casos de impunidade, clamam pela realização de justiça e pela efetivação da segurança pública.

Além disso, a efetividade da jurisdição criminal reflete na proteção de vários bens jurídicos individuais assegurados pela Constituição da República; a aplicação literal do Princípio da Não Culpabilidade implica, outrossim, a violação de interesses individuais da vítima, legitimando a relativização do Princípio em questão, conforme será demonstrado adiante.

5. Os princípios conflitantes com o princípio da Presunção da Inocência

A aplicação do antigo precedente da Suprema Corte sobre o Princípio da Inocência – como uma regra – gera uma verdadeira seletividade penal, uma vez que somente os acusados

que possuem favoráveis condições financeiras podem interpor recursos – na maioria das vezes protelatórios –, com o fim de estender o curso do processo penal até a última instância sem a execução de sua condenação.

Ao esclarecer os fundamentos para o novo entendimento, o Ministro Luís Roberto Barroso assim afirmou em seu voto no acórdão do HC nº. 126292:

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. (BRASIL, 2016).

Ressalte-se que a seletividade penal representa grave ofensa ao princípio da igualdade, direito fundamental estabelecido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]” (BRASIL, 1988).

Como é cediço, a isonomia assegurada pela Lei Maior depende de ações do Poder Público que garantam uma igualdade substancial e não apenas formal. O Princípio da Não Culpabilidade, como interpretado anteriormente, faz essa igualdade se tornar letra morta, tendo-se em vista que a execução da pena, como é notório em nosso país, ocorre, na maioria esmagadora dos casos, quando o réu é pobre.

Da mesma forma, as reiteradas interposições de recursos protelatórios, com o escopo de salvaguardar a liberdade do acusado até a última instância, com base no Princípio da Presunção de Inocência, acarreta o prolongamento desnecessário do processo, afrontando o Princípio da Duração Razoável do Processo, também conhecido como Princípio da Celeridade, estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior.

Necessário destacar que o Princípio da Celeridade deve ser aplicado não somente sob a perspectiva do acusado – como é o Princípio da Não Culpabilidade –, mas, do mesmo modo, sob a ótica da vítima e de seus familiares, uma vez que ela também é sujeito de direitos no processo, tendo-se em vista a sua pretensão de ver o réu devidamente punido e de ter os eventuais prejuízos decorrentes do crime reparados; possui, pois, o direito de usufruir de todos os princípios do processo penal.

Flaviane Magalhães de Barros muito bem expõe sobre os direitos da vítima no processo penal:

[...] a compreensão constitucionalmente adequada da participação da vítima no processo penal não decorre tão-somente de seu direito à reparação do dano, mas também das garantias processuais da vítima em virtude do devido processo legal que determina a reconstrução fática do fato ilícito deduzido na denúncia, que compreende uma posição diferente e mais ampla da definida a partir do seu papel como agente colaborador da acusação pública. Assim, segundo uma interpretação constitucionalmente adequada, pode a vítima, quando participar do processo como ‘meio de prova’, ter os mesmos direitos individuais garantidos ao acusado, já que se encontram em situação uníssona, pois ambos participaram da conduta ilícita. Assim, tem a vítima direito de não produzir prova contra si mesmo, direito ao silêncio

e direito de intimidade, que impede que ela seja obrigada a submeter-se a qualquer tipo de constrangimento, tornando a prova produzida nestes moldes ilícita, conforme o princípio constitucional de proibição de prova ilícita. Ademais, os ‘poderes’ do assistente, definidos no art. 271 do Código de Processo Penal, não podem ser compreendidos como constitucionais, pois a vítima é parte contraditória. Portanto, tem direitos, faculdade, deveres e ônus, podendo, assim, propor meios de prova, participar de todos os atos processuais realizados em contraditório, como debates orais e alegações finais, e, por fim, recorrer da decisão do juiz que se difere da sua auto compreensão do fato, seja por meio de recurso em sentido estrito, seja por meio de apelação ou outro recurso cabível. Contudo, para que a participação em contraditório no processo penal seja garantida à vítima, deve ser-lhe garantido o direito à informação, devendo a mesma ser intimada do início do processo, bem como da decisão final. (BARROS, 2008, p. 95).

Nesses termos, a vítima e seus familiares também têm o direito fundamental de ver a sua pretensão ser satisfeita em um tempo razoável. A aplicação do Princípio da Presunção de Inocência, sem a mutação constitucional realizada pela Suprema Corte, constitui verdadeiro entrave à solução do conflito em um tempo razoável e, muitas vezes, à efetividade da jurisdição penal.

Esse embaraço não só viola o Princípio da Celeridade, mas também outros direitos fundamentais decorrentes dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e pela Constituição da República, notadamente, aqueles bens protegidos indiretamente pela efetiva aplicação da pena.

Deveras, quando a sociedade deixa de visualizar concretamente uma resposta ao crime – quando ocorre morosidade no processamento do feito –, deturpam-se as funções de

prevenção geral e especial da pena, propiciando um aumento da criminalidade e, por consequência, da transgressão dos bens jurídicos acima citados.

Luiz Régis Prado demonstra a importância das funções da pena para a proteção dos bens jurídicos sob análise:

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - *ultima ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. [...] O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa. (PRADO, 2005, p. 567).

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC nº. 126292, com muita propriedade, fez a correlação existente entre a proteção dos direitos tutelados pela lei penal e a necessidade de aplicação eficiente desta. Para tanto, assim afirmou:

De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à proprieda-

de), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança).

Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros. (BRASIL, 2016).

Há, pois, sucessivas violações de princípios constitucionais com a aplicação do Princípio da Não Culpabilidade como uma regra, o que ocasiona o descrédito social e a falta de efetividade da jurisdição penal, infringindo, por consequência, direitos fundamentais da vítima e de toda a sociedade.

Além disso, a morosidade do processo, com a evidente vulnerabilidade de aplicação da pena, evidencia a falha na prestação jurisdicional do Estado como o detentor da pretensão punitiva, transcendendo o âmbito de violações de direitos da vítima e do réu e atingindo todo o corpo social.

Essa demora representa verdadeira negação da justiça e, por isso, transgressão ao Princípio do Acesso à Justiça, relativamente ao direito de todos poderem obter uma adequada tutela jurisdicional.

A justiça tardia gera negação da justiça. Trata-se de verdadeira violação do direito fundamental de acesso à justiça. No processo penal, em especial, a negação de efetividade da prestação jurisdicional ocorrerá em razão do envelheci-

mento e consequente enfraquecimento das provas do processo, bem como da extinção da ação em face do evento da prescrição [...]

A existência de dilações indevidas no processo penal retira do mesmo sua finalidade. A resposta punitiva do estado é falha tanto para o réu quanto para a sociedade, na medida em que a pena tardia será, relativamente à análise de culpabilidade, desproporcional ou ineficiente. Ainda, vemos ineficácia nas funções de prevenção geral e específica da pena. Como dito, a ineficiência traduz-se em verdadeira negação à tutela jurisdicional penal. (MACHADO, 2009).

Assim, deduz-se que o Princípio da Presunção de Inocência, aplicado com base no antigo precedente do STF, infringe os princípios constitucionais da Igualdade, da Duração Razoável do Processo e do Acesso à Justiça bem como a proteção do direito à vida, à segurança e à propriedade.

6. Conclusão

A decisão proferida no HC nº. 126292 constitui uma mutação constitucional legitimada nas normas de interpretação da Constituição Federal, na qual houve um verdadeiro avanço quanto à aplicação do Princípio da Presunção de Inocência.

As normas constitucionais, como todas as outras regras, não são estáticas e, por isso, o STF, levando em consideração o índice da criminalidade do país e do decurso do tempo até a efetiva execução da condenação, estabeleceu uma limitação ao Princípio em questão em prol da vítima, de seus familiares e de toda a sociedade.

Não há que se cogitar em um retrocesso por suposta infringência do modelo garantista da Constituição Federal, com

fundamento na manutenção do Estado Democrático de Direito e no Princípio da Segurança Jurídica, uma vez que houve a reinterpretação de uma norma – Princípio da Presunção da Inocência – que protege somente os que estão sendo processados por um crime em detrimento dos direitos e garantias de uma maioria – vítima e sociedade.

Houve uma ponderação de princípios – com base no Princípio da Proporcionalidade – na qual o Princípio da Não Culabilidade foi relativizado em benefício dos princípios da Igualdade, da Duração Razoável do Processo, do Acesso à Justiça e de outros direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior, como a vida, a segurança e a propriedade; isto configura efetiva realização da justiça.

Além disso, na prática, o condenado à execução da pena a partir da sentença condenatória confirmada em segunda instância, caso demonstre os requisitos necessários, terá outros meios de resguardar a sua liberdade, como o *habeas corpus*, por exemplo, o que corrobora a razoabilidade da limitação do Princípio da Presunção de Inocência.

7. Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 2011. In: FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói: Impetus, 2008.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer: impunidade ineficiência do Sistema Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A Participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº. 126292. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *DJe*, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 26 jan. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASARA, Rubens. Relativização da Presunção de Inocência: sintoma de uma cultura autoritária. *Justificando: mentes inquietas pensam Direito*, São Paulo, 26 set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/26/relativizacao-da-presuncao-de-inocencia-sintoma-de-uma-cultura-autoritaria/>> Acesso em: 10 fev. 2017.

COELHO, Inocêncio Mártire. *Interpretação constitucional*. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Andréa de Almeida. *A duração razoável do processo penal: direito do réu, da vítima e da sociedade*. Trabalho de Conclusão do Curso (Especialização)–Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/prazo-razoavel-do-processo.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. Status das normas internacionais de direitos humanos e o Pacto de São José da Costa Rica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3607, 17 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24454>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, v. 1, n. 54, out. 2010.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

Artigo recebido em: 23/02/2017.

Artigo aprovado em: 22/03/2017.

DOI: