

A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial

Lucas Catib de Laurentiis

Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e graduado em Direito e Filosofia.

Resumo: Este artigo analisa a necessidade de o 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 envolve o conceito e as peculiaridades procedimentais do processamento dos recursos dirigidos aos tribunais de sobreposição. Sob a ótica substancial, envolve a garantia constitucional da presunção de inocência. Por fim, sob o prisma institucional, discute o conflito de atribuições jurisdicionais das cortes superiores brasileiras. O artigo 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 examines 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 Introdução. 2 Recursos especial e extraordinário brasileiros. 3 Princípio da presunção de inocência no Direito brasileiro. 4 Conclusão.

1 Introdução

Se garantir a presunção de inocência quer significar a necessidade de, antes da decretação da custódia penal definitiva, serem cabalmente comprovadas a materialidade do fato delituoso e sua autoria, concluir-se-á que nenhuma prisão anterior à sentença definitiva é, em qualquer circunstância, legítima. Com efeito, no interior do processo penal ou cível, não há verdades absolutas¹. Contudo, o processo não pode ser visto unicamente pela ótica da utilidade ou da 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, certamente, esse limite. Afinal, quando a dura necessidade³ de impor uma medida coercitiva converte-se em ameaça de imposição de pena (FERRAJOLI, 1998, p. 560), será necessário concluir que a prisão processual tornou-se, pura e simplesmente, um ato de justiça sumária⁴.

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 fatos 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, 2003, p. 37).

2 É o que salienta Ronald Dworkin (2005, p. 131): “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 conseqüências”.

3 Cf. FERRAJOLI, 1998, p. 553.

4 Assim, a respeito da incompatibilidade da prisão processual decretada com a finalidade de prevenção criminal, afirma Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 68)

A Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, regulou o processo originário e os recursos dirigidos aos tribunais superiores brasileiros. O art. 27 desse diploma legal prevê que à interposição de recurso especial ou extraordinário não será atribuído efeito suspensivo. A questão aqui abordada é então a seguinte: 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 (STF). No julgamento do HC n. 84.078/MG, assentou-se que

os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/1984 (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”), sobrepõem-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 sentença⁵.

Mais recentemente, houve julgamento dessa Corte Suprema 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

que esta incompatibilidade “se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de apagar 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 idéia de justiça sumária”. Em sentido oposto, sustenta Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 619) que, frente a um “furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repete, 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”.

5 STF, HC n. 84.078/MG, Pleno, rel. min. Eros Grau, j. em 5.2.2009.

– 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 CPP⁶.

Contudo, é possível apontar precedentes nos quais o Supremo julgou em sentido oposto. É o que ocorreu no HC n. 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 desse 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 ofensa ao princípio da presunção da inocência⁷.

No entanto, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), há um conflito de entendimentos. A Quinta Turma dessa Corte Superior admite que

esgotadas as instâncias ordinárias, com a condenação do réu, a interposição de quaisquer 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 n. 8.038/1990 e da Súmula n. 267 desta Corte, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão⁸.

A Sexta Turma, por sua vez, adota posicionamento segundo o qual “a prisão cautelar, aquela que antecede a condenação transi-

6 STF, HC n. 102.368/CE, rel. min. Celso de Mello, DJe-173 de 17 set. 2010.

7 STF, HC n. 90.645 / PE, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão min. Menezes Direito de 11 set. 2007.

8 STJ, HC n. 125.187/SP, rel. min. Napoleão Nunes, DJe de 10 maio 2010.

tada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com a devida fundamentação, a sua necessidade, o que não ocorre na espécie”⁹.

A situação é, portanto, desconcertante: a depender da turma ou do julgador encarregado do julgamento, reconhece-se ou não o direito de o acusado recorrer em liberdade. Certamente, sempre haverá um componente indeterminado nos pronunciamentos judiciais, afinal “o juiz decide por meio de uma espécie de intuição e não por uma inferência ou silogismo dos que se estudam em lógica” (MANCUSO, 2007, p. 333). No entanto, a indefinição dos efeitos decorrentes da interposição de recursos especiais ou extraordinários implica, em certo sentido, negar tutela jurídica efetiva, uma vez que, com isso, o escopo de pacificação do julgamento não é atingido.

Melhor seria, portanto, se os tribunais superiores enfrentassem a questão em termos sistemáticos, determinando se os recursos extremos têm ou não, em matéria criminal, o atributo de obstar a execução da sentença de segundo grau, ou seja, a definição precisa de um posicionamento a esse respeito, mesmo que incorreto, seria menos prejudicial que a indefinição e o conflito de pensamentos que hoje ainda persistem. Com efeito, 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 (DINAMARCO, 2005b, p. 195).

Teoricamente, os argumentos contrários e favoráveis à admissão de prisão processual obrigatória anterior ao trânsito seriam os seguintes. Primeiro, o postulado da efetividade do

9 STJ, HC n. 105.810-RS, rel. min. Og Fernandes, *DJe* de 15 set. 2008.

processo penal exige que seus efeitos práticos ocorram após o julgamento de segunda instância. Nesse sentido, a imposição de pena antecipada decorreria 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, seria possível indagar se, dado que o direito à tutela jurisdicional mostra-se não só como manifestação do Poder Estatal, mas também como limite à sua realização¹⁰, 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 acautelatórias.

Os argumentos levantados para sustentar tais entendimentos serão analisados no último tópico deste artigo. Antes, serão separadamente analisados os termos da questão. Em um primeiro momento, este artigo volta-se para os instrumentos processuais envolvidos nessa problemática: os recursos especial e extraordinário. Buscar-se-á então expor a configuração geral desses instrumentos processuais. O objetivo, neste passo do estudo, será identificar se na pendência de tais recursos é possível admitir que o processo transite em julgado. 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 fundamental¹¹ será

10 Trata-se, portanto, de poder-dever “de categorizados e especializados funcionários do Estado, que se realiza mediante atividade substitutiva à dos membros da comunidade social. E 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, 2002, p. 18). Também a esse respeito, Badaró (2003, p. 204).

11 A norma do art. 5º, LVII, da CF, está inserida no Título II do texto constitucional, no qual são definidos os Direitos e as Garantias Fundamentais. Não se desconhece o fato

enfocado na ótica constitucional, o que levará à comparação entre o texto da norma constitucional brasileira e os exemplos estrangeiros. Serão, então, abordadas a teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação às normas infraconstitucionais e a abrangência conferida pela doutrina ao conteúdo normativo da presunção de inocência. Por este caminho, será demonstrado que, entendido em termos amplos e conjugada à configuração dos recursos especial e extraordinário, o direito à presunção de inocência impede a decretação de prisão automática – *ex lege* – no Direito brasileiro. Segue-se, portanto, a diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

2 Recursos especial e extraordinário brasileiros

O sistema recursal objetiva assegurar às partes em litígio o melhor julgamento possível, mas este conceito – o melhor resultado processual possível – não deve ser encarado simplesmente sob a ótica objetiva do processo. As expectativas e esperanças das partes também não devem ser consideradas para que tal finalidade seja plenamente atingida, ou seja, o melhor resultado processual possível também deve ser encarado sob a ótica subjetiva.

Sobre esse último aspecto, é preciso observar que a insatisfação gerada por uma pretensão judicial negada é, certamente, mitigada pela abertura de novas instâncias de julgamento. Há, portanto, expressivo fundamento psicológico na construção de um sistema recursal¹². Além disso, não faltam elementos objetivos para subsidiar a necessidade do sistema recursal: deve haver

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. 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 Sarlet (2007, p. 192 e ss).

12 Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 21): “É próprio do homem apelar-se às suas convicções e teses, para vê-las vencedoras. O que está à base desse

um controle de qualidade¹³ das sentenças proferidas em primeira instância para que estas não sejam relegadas ao completo arbítrio de juízes singulares. Por isso, o julgamento colegiado em tribunais visa compelir psicologicamente o juiz singular a proferir um melhor julgamento¹⁴. Mais: a garantia do duplo grau de jurisdição fundamenta-se também no argumento de que, em regra, a maior experiência dos desembargadores levará o processo a um resultado mais equilibrado e justo¹⁵. Portanto, é significativa a necessidade de o julgamento de segunda instância realizar-se em órgão colegiado, afinal, em princípio, o debate dos julgadores fomentará a busca pela melhor solução do caso¹⁶.

impulso parece sem uma constante necessidade de auto-afirmação e de subjugação do próximo ao interesse do julgador”.

13 Cf. CRUZ, 2002, p. 41.

14 Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2005, p. 24. Contra esse argumento, MARINONI, 2007, p. 489.

15 Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2005, p. 24.

16 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 n. 8.038/1990 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 n. 8.038 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, 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 impli-

Por outro lado, sustenta-se que o direito ao duplo grau de jurisdição alonga em demasia a prestação jurisdicional e a torna inefetiva. Sob essa ótica, o princípio da efetividade do processo entraria em rota de colisão com o direito ao processo justo e equânime. Afirma-se, também corriqueiramente, 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 constantemente o erro desses magistrados. Haveria, portanto, uma desconfiança presumida no sistema processual em desfavor dos juízes de primeira instância¹⁷. Além disso, dado que o juiz de primeira instância relaciona-se diretamente com a prova colhida nos autos e está também mais próximo das partes em litígio, a possibilidade de que sua decisão esteja equivocada é menor¹⁸.

Estes argumentos não atingem, no entanto, seu objetivo. Muito pelo contrário. Como garantia da realização de um processo justo – na verdade, minimamente justo –, o duplo grau de jurisdição deve ser considerado uma garantia inalienável inerente ao conceito de Estado constitucional de Direito. Nisso não há, ademais, presunção alguma em desfavor dos juízes de primeira instância. A atividade interpretativa desses juízes é, na verdade, 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), “verossi-

cará sim anular o direito ao duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, conferir Cruz (2002, p. 63).

17 Nesse 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; ARENHART, 2007, p. 489).

18 Com estes fundamentos, é possível esclarecer o sentido da manifestação lacônica do ministro Carlos Ayres Britto no HC n. 90.645-1/PE: “as instâncias ordinárias são constitutivas do lídimo juízo natural”. Voto no HC n. 90.645-1/PE, Primeira Turma, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão min. Menezes Direito, de 11 set. 2007.

milhança” (art. 273, CPC) ou “indícios suficientes de autoria” (art. 413, CPP)¹⁹ conferem grande carga de poder aos juízes de primeira instância. Muitas vezes, as medidas penais tomadas com fundamento em tais normas de conteúdo aberto ou indefinido ultrapassam os limites razoáveis que devem pautar toda a atividade jurisdicional²⁰. Erros e desvios como esses não podem não ser a regra na jurisprudência brasileira. Desconsiderá-los é admitir, no entanto, que os sujeitos de direito que sofrem as consequências dessas medidas têm pouco ou nenhum valor jurídico ou moral para o sistema processual²¹. Por isso, em verdade, 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 (CRUZ, 2002, p. 45).

Ademais, estabelecida a analogia entre a distribuição das funções processuais e a divisão dos “poderes”²² estatais²³, deve-se concluir que o

19 Acerca da ambivalência significativa do termo “indício” no Código de Processo Penal: BADARÓ, 2003, p. 278.

20 A respeito da distinção de proporcionalidade e razoabilidade: SILVA, V., 2002, p. 26; ÁVILA, 2007, p. 161. Quanto ao processo penal: BADARÓ, 2008, p. 17.

21 Ronald Dworkin (2005, p. 134) 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 farde de provas sobre a acusação e protege o réu também de outras maneiras”.

22 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, J. A. 2005, p. 108, grifos do original).

23 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

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 impessoalidade²⁴.

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

Esta argumentação torna-se, contudo, problemática quando se tem em vista a atividade e a competência dos tribunais superiores brasileiros, porque a amplitude do acesso recursal a esses tribunais de sobreposição²⁵ é bastante mitigada pelo sistema recursal. Em outras palavras, a amplitude da devolutividade da matéria analisada pelo tribunal a quo, nesses casos, não será ampla, pelo que a amplitude da realização do direito ao reexame do julgado também não se aplicará em toda sua amplitude.

Certamente, a função exercida por Cortes como o Supremo Tribunal Federal no sistema processual não é salvaguardar os interesses das partes em litígio. Na verdade, sua existência deve-se, antes de tudo, a necessidades relacionadas à busca de ordem, previsibilidade e segurança ao sistema político como um todo. Presumidamente, sua função é, portanto, eminentemente política²⁶. Não obstante, a defesa da ordem constitucional pressupõe,

dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenera em abuso” (BADARÓ, 2003, p. 107).

24 DINAMARCO, 2005a, p. 220.

25 Cf. DINAMARCO, 2005a, p. 258, e MANCUSO, 2007, p. 333.

26 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

antes de tudo, a defesa dos direitos ligados à pessoa. Pressupõe, assim, a salvaguarda dos direitos fundamentais do homem. Se isso é certo, é preciso também admitir que, enquanto pender 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, sendo assim, toda a prisão que ocorrer nesse interregno caracterizar-se-á, quando não presentes as condições necessárias para a imposição de prisão cautelar, pura e tão somente como antecipação da pena privativa de liberdade.

Voltemos agora à caracterização jurídica do recurso extraordinário. Com fundamento na caracterização política dos órgãos jurisdicionais de sobreposição justifica-se a criação de condicionantes específicas da admissibilidade dos recursos extremos²⁷. Exemplos de tal fenômeno recursal não faltam no sistema processual brasileiro. O prequestionamento é o mais conhecido deles. Quer isso dizer que causas e questões que não forem efetivamente “julgadas” pelas “instâncias ordinárias” não ensejam a interposição de recursos extremos. O entendimento, fixado por mais de uma vez em Súmulas das Cortes Superiores²⁸, cujas origens conceituais remon-

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; FERNANDES; GOMES FILHO, 2005, 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 jurídica para constatar que há certo consenso acerca da inevitabilidade de julgamentos políticos, isso é, influenciados por elementos extrajurídicos, 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, 2004.

- 27 Considerando que não só o recurso extraordinário merece esta denominação no sistema recursal brasileiro, mas também recurso especial: MANCUSO, 2007, p. 59, passim. Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 59) 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”.
- 28 STF, Súmula n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. STF, Súmula n. 356: “O ponto

tam ao regramento do writ of error norte-americano²⁹, vai não só no sentido de se exigir que o tema objeto do recurso seja ventilado na decisão recorrida, mas também que esta cite explicitamente³⁰ o dispositivo constitucional ou a lei federal contrariados.

Soma-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. Dessa forma, o cabimento de recursos extraordinários 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” (MANCUSO, 2007, p. 248). Não é tudo. A aplicação da Súmula n. 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, inevitavelmente, à fragmentação da competência da Suprema Corte. Admitir sua vigência implica, no fundo, reconhecer que matérias de interpretação controvertida escapam à competência jurisdicional do Supremo, como se essa Corte só julgasse casos em que a lei ostenta pura clareza interpretativa. Afinal, 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 irrazoabilidade da decisão são questões de fundo, *errores in iudicando*, que escapam ao simples

omisso 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 n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

29 MANCUSO, 2007, p. 309.

30 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 n. 253.566-6, DJU de 3 mar. 2000, citado em MANCUSO, 2007, p. 318).

exame de admissibilidade do recurso. Há nisso, portanto, um evidente equívoco processual. Ao aplicar a Súmula n. 400, o Supremo Tribunal Federal confunde requisitos de admissibilidade e procedência do recurso extraordinário. Afinal, 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-lhe conhecimento. Sob o ângulo estritamente processual, é preciso indagar então: como é possível admitir que, por inversão da ordem lógica do julgamento, o recurso extraordinário seja inadmitido por que a decisão atacada é pretensamente “razoável”, sendo que esse é justamente o mérito do recurso?

Ademais, ao esposar esse posicionamento, o Supremo Tribunal nega-se, implicitamente, a realizar a função que define sua existência, a de guardião da Constituição³¹, pois admite a existência de duas classes de violação da CF: aquelas que são claras e, por isso, podem ser combatidas pela via extraordinária, e aquelas que são obscuras e, por isso, excluem o controle jurídico exercido por essa Suprema Corte no controle incidental de constitucionalidade.

No que diz respeito ao cabimento do recurso extraordinário, sustenta autorizada doutrina que preceito contido no art. 102, III, a, da Constituição Federal não é “axiologicamente neutro” (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 591), como o contido nas outras alíneas desse dispositivo, pois a decisão que “contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência, incorreta, e como tal merecedora de reforma” (idem). O dispositivo trata, portanto, da questão de fundo do recurso, não de requisito de admissibilidade. Por isso, já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do art. 105, III, a, da Constituição Federal, preceito equivalente em técnica legislativa ao contido no art. 102, III, a, da Constituição³², que, ao apreciar casos em que se alegue contrariedade à lei federal, “o STJ

31 Cf. art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

32 A única diferença destes dispositivos é a previsão, para o recurso especial, do cabimento para os casos de decisão que negar vigência a “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

só conhece o recurso se for para provê-lo [...]. Se não for para dar provimento, o STJ deixa de conhecer do recurso, simplesmente”³³. A crítica da doutrina a esta posição é precisa:

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 (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 592, grifos no original).

Em suma, vê-se que todos esses fatores impeditivos do conhecimento dos recursos extraordinário e especial transformaram tais recursos em vias processuais de difícil, quase impossível, acesso. Por isso, levadas ao extremo, essas exigências impedem que muitas questões relevantes para o sistema constitucional e federativo alcancem os graus superiores de jurisdição. Sua aplicação fria implicará, por exemplo, que questões que envolvam a técnica de interpretação conforme a Constituição realizada por instâncias inferiores estejam, *ipso facto*, excluídas da competência recursal do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, essa técnica pressupõe que, frente a duas interpretações razoáveis da lei, o juiz opte por aquela que se afigure a mais adequada aos princípios constitucionais regentes da matéria. Ao admitir duas interpretações possíveis para o mesmo texto de lei, esta técnica de decisão pressupõe, assim, que: a) a Constituição seja aplicada por via reflexa, ou seja, por meio da interpretação da própria lei; b) que duas ou mais interpretações razoáveis do texto legal sejam admissíveis. Assim, seguindo à risca a lógica dos critérios de admissibilidade postos pelas Cortes Superiores, a decisão que aplicar texto legal por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição não poderá, em hipótese alguma, ser controlada via recurso extraordinário, uma vez que sempre haverá, nesses casos, dúvida fundada no que tange à melhor interpretação do texto legal impugnado.

negar-lhe vigência” (MANCUSO, 2007, p. 240) forçoso será concluir que as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário são, neste ponto, idênticas.

33 RSTJ 78/177. Citado por Mancuso (2007, p. 246).

Ademais, ao estabelecer como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração de “requisito da repercussão” da questão levantada nesta sede, a Emenda Constitucional n. 45/2004 corou esta tendência. Agora, ao interpor recurso extraordinário,

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).

Verifica-se, no direito comparado, técnicas semelhantes de filtragem de demandas. O Judiciary Act de 1925, por exemplo, 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”³⁴. 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 Court³⁵.

A interpretação conferida pelas Cortes Superiores aos requisitos de admissibilidade dos recursos extremos mostra-se, na verdade, como técnica de filtragem de demandas que servem a finalidades nitidamente políticas e pragmáticas. A chamada “crise do Supremo”, ocasionada pelo grande número de processos que chegam à apreciação do Supremo Tribunal Federal – situação essa que, de resto, já fora sentida pelos deputados constituintes em 1988 e que fundamentou a criação do Superior Tribunal de Justiça³⁶, é o fator preponderante que determina esta tendência. Tal questão foi enfrentada pelo ministro Eros Grau no julgamento do HC n. 85.078/MG. Disse então esse ministro que

a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da

³⁴ Cf. MANCUSO, 2007, p. 84.

³⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 584.

³⁶ Cf. MANCUSO, 2007, p. 44.

conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e 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 n. 456 do STF), esses meios de impugnação ainda deverão ser considerados como “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial” (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 233). Devem ser considerados, portanto, como autênticos recursos. Enquanto tais, obstarão a formação de coisa julgada e condicionam a execução da pretensão pleiteada, até mesmo no âmbito cível, à prévia segurança do juízo (art. 475 – O, do CPC). Caso contrário, se o acesso às Cortes Superiores for condicionado a critérios pura e simplesmente políticos e de ordem objetiva – tais quais à segurança ou à ordem do sistema – 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, em regra, e tendo em vista critérios puramente discricionários, as causas decididas em segunda instância transitarem em julgado e autorizarem, com isso, a execução provisória de penas, os Tribunais Superiores brasileiros deverão passar a ser considerados como autênticas Cortes de Cassação. Essa conclusão contrasta com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que de longa data admite que, ao apreciar recursos extre-

mos, aplica-se o direito à espécie (Súmula n. 456, STF). Tal qual se observa no direito comparado, Cortes de Cassação não tem tal prerrogativa 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 completamente afastada. Buscar-se-á, então, fundamentar o entendimento de que, uma vez reconhecida a natureza jurisdicional das Cortes Superiores, 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

Entre os direitos e as 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. 5º, LVII). A redação, similar à que consta na Constituição italiana de 1948³⁷, 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 levantada a esse respeito indagava se a não culpabilidade identifica-se com presunção de inocência. Admitindo a distinção, há quem sustente que no Brasil não vige o direito à presunção de inocência, mas sim o direito a não culpabilidade³⁸. Nesse sentido, a única consequência desta garantia seria “fazer recair exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova” (1994, p. 31). Tratar-se-ia, portanto, de uma técnica peculiar ao processo penal de distribuição do ônus da prova. Mas observe-se que não haveria nessa hipótese propriamente uma inversão do ônus de provar: na verdade,

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

38 Cf. MAIEROVITCH, 1990, p. 86.

cuida-se de “regra de julgamento unidirecional” (BADARÓ, 2003, p. 296) que impõe ao acusador ônus de provar a “existência do fato constitutivo do direito de punir” (ibidem, p. 297) e a inexistência de causas que obstem o exercício desta pretensão. Essa não parece ser a melhor interpretação de tal garantia constitucional. Na verdade, mais do que uma regra técnica de julgamento, a presunção de inocência é também uma garantia política (BADARÓ, 2003, p. 299). É uma regra dirigida aos próprios cidadãos, pois sua observância deve “orientar o tratamento do acusado durante o transcorrer do processo, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória” (GOMES FILHO, 1994, p. 32).

Tal acepção do princípio da presunção de inocência³⁹ justifica-se diretamente pelo reconhecimento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Assegurando que cada indivíduo seja considerado como fim em si mesmo, o direito substancial da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado a obrigação de prover recursos materiais mínimos aos necessitados, além de respeitar limites objetivos em sua ação punitiva. Na verdade, a afronta ao valor existencial da dignidade da pessoa humana importa em desrespeito ao sistema jurídico positivo que assegura constitucionalmente os direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 192 e ss.). Para que tal tese seja comprovada, basta verificar o processo sistemático de degradação psicológica e até física dos acusados criminalmente. Ademais, dado que o *jus puniendi* do Estado constitui expressão máxima do poder soberano e a pena privativa de liberdade a ultima ratio do

39 Há que se ter em conta que não se trata, nesta norma, quer de princípio, quer de presunção. Não há presunção, pois, em termos de técnica processual, presunção é a operação intelectual realizada pelo magistrado que, partindo de um fato dado, infere, ou presume, outro (Cf. BADARÓ, 2003, p. 263). Tampouco há aqui autêntico princípio constitucional no sentido moderno do termo. Se por “princípio” se considera uma regra cara e importante para o sistema, pode-se considerar que a presunção de inocência seja um princípio. Se, no entanto, o termo princípio significa “mandamento de otimização” (ALEXY, 2001, p. 95) ou norma que deve ser aplicada em função do peso das razões que a fundamentam (DWORKIN, 2007, p. 42), o conceito não se aplica propriamente à presunção de inocência. Nesse sentido tal norma seria mais propriamente classificada como regra, uma vez que sua aplicação obedece à lógica do “ou tudo ou nada”.

sistema penal – daí que o Direito Penal seja informado pelo critério da fragmentariedade – é de se concluir que o direito deve assegurar que o acusado seja devidamente respeitado enquanto pessoa digna de igual respeito e consideração durante o trâmite do julgamento.

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”⁴⁰. O mesmo direito foi assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Também prevê o Pacto Internacional de Direito Cívico 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). É preciso observar que, mais do que compromissos firmados pelo país, referidos tratados são normas jurídicas com validade e vigência no ordenamento jurídico nacional.

Não há consenso doutrinário a respeito da hierarquia dessas normas no sistema constitucional brasileiro. Desde 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou precedente no sentido de que essas normas ostentam o mesmo nível hierárquico das normas infraconstitucionais (PIOVESAN, 2000, p. 153 e ss.). Podem, portanto, ser a qualquer tempo revogadas por leis posteriores que tratem da mesma matéria. Em matéria de direitos fundamentais, tal orientação não se justifica. Afinal, se a própria Constituição reconhece que seu catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo (art. 5, § 2º, da CF), que se dirá quanto a direitos expressamente reconhecidos pelo Estado brasileiro perante a ordem jurídica internacional? Por isso, ao que parece, é de se reconhecer que o direito ao *status* de inocente tem sede constitucional entre os demais direitos fundamentais.

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

Sob essa ótica, a possibilidade de ser decretada a prisão definitiva do acusado, enquanto não transitado em julgado o processo em seu desfavor, mostra-se inaceitável frente ao sistema de direitos fundamentais assegurado pela ordem jurídica brasileira. Há uma evidente inversão de valores nas normas jurídicas e na jurisprudência que aceitam tal possibilidade. Dizem, como já salientado nesse 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 direito fundamental assegurado constitucionalmente a exigências organizacionais e pragmáticas do processo. A posição não é aceitável (GOMES FILHO, 1994, p. 32)⁴¹.

A prisão antes do trânsito em julgado deve, portanto, revestir-se de autênticos elementos cautelares. Só assim pode-se reconhecer a possibilidade e a legitimidade destas custódias. Não é este o caso da prisão decretada na forma do que dispõe a Lei n. 8.038/1990. O art. 27 deste diploma legal impõe 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 Penal⁴², mesmo que o Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento sumulado neste sentido⁴³, 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 reconhece o princípio da presunção de inocência e prevê possibilidade

41 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, 1992, p. 105).

42 CPP, art. 637: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

43 A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (STJ, Súmula n. 267 – 22.5.2002 – DJ de 29 maio 2002).

de interposição dos recursos especial e extraordinário, não é possível antever possibilidade alguma do cumprimento antecipado da pena.

Na verdade, peca em seus próprios fundamentos o argumento que sustenta a possibilidade de ser cumprida a pena enquanto ainda não transitar em julgado o processo criminal. A par de os recursos extremos dirigidos às Cortes de sobreposição brasileiras serem autênticos recursos, uma vez que ostentam caráter infringente e substitutivo próprios a qualquer outro meio de impugnação intraprocessual⁴⁴, sua previsão constitucional decorre, no caso do recurso extraordinário, sobretudo da adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade e, no caso do recurso especial, 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, para não dizer imoral: o sistema ganhará em correição enquanto a parte interessada deverá sofrer a constrição de sua liberdade pessoal, mesmo que seu inconformismo seja admitido, conhecido e finalmente provido. Tal fato evidencia a desproporcionalidade da medida em questão.

Outro aspecto dessa questão diz respeito ao fundamento da prisão cautelar eventualmente aplicada na ocasião da interposição do recurso extremo. A antecipação da pena ao trânsito em julgado do processo não pode ser admitida na atual ordem jurídica.

44 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 têm 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, 2006, p. 589).

Por isso, caso o réu tenha aguardado ao julgamento em liberdade, só situações extremas, relevantes e novas poderão fundamentar o decreto de prisão preventiva. Argumentos fundados na defesa da ordem pública e econômica estarão, por exemplo, a priori afastados. Afinal, se esses fundamentos não puderam fundamentar a 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. Sendo assim, na prática, a não ser que o acusado tumultue o andamento processual, dificilmente haverá fundamentos cautelares para a prisão processual⁴⁵.

Não é tudo. Considerado o sistema processual brasileiro como um todo, a prisão automática do acusado também deve ser considerada desproporcional. Deveras, o sistema processual prevê diversas modalidades de contracautelas a quem se vê submetido à execução provisória cível (art. 475 – O, CPC), mas não prevê nenhuma segurança ao executado criminalmente⁴⁶, ou seja, admitir a possibilidade de a execução provisória da decisão penal condenatória ocorrer

45 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 n. 48.171-GO, *DJ* de 10 mar. 2008; HC n. 52.740-RS, *DJ* de 4 jun. 2007, e HC n. 72.726-SP, *DJ* de 10 dez. 2007. HC n. 105.810-RS, rel. min. Og Fernandes, j. em 28.8.2008 (Info. 360).

46 No HC n. 84.677/RS, o min. 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 n. 2.391/PR e o ministro Gilmar Mendes no HC n. 84.029/SP.

automaticamente após o julgamento de segunda instância recursal, e sem a previsão de nenhuma contracautela para o acusado que tenha de recolher-se à prisão sem que sua culpa tenha sido efetivamente e cabalmente comprovada, implica aceitar, paradoxalmente, que a execução cível seja menos onerosa ao demandado que a penal, quando a liberdade é um bem jurídico muito mais valioso que a propriedade. Esse paradoxo dificilmente seria aceito até mesmo por aqueles que defendem a prisão automática dos acusados que tenham sido condenados em julgamentos de segunda instância.

4 Conclusão

O tema tratado no presente trabalho envolveu a consideração de dois valores extremamente caros não só à teoria geral do processo, mas também ao Direito brasileiro como um todo. Tratou-se de avaliar 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 avaliar os 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 a limitar o arbítrio jurisdicional, o que é realizado por meio de mecanismos análogos à divisão das funções estatais, ou seja, o sistema acusatório e recursal serve ao processo da mesma forma que o mecanismo de contenção do Poder pelo Poder (*checks and balances*) serve ao Estado.

Em um segundo momento, este artigo 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 descritos ainda as aporias e os paradoxos ocasionados pelas previsões citadas.

Por fim, ao tratar do direito à presunção de inocência, descreveu-se o regramento constitucional deste direito, comparando-o ao que se prevê ao mesmo respeito no direito comparado. Com fundamento nas teorias dos direitos fundamentais e da recepção, em nível constitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos, o trabalho fundamentou a posição que sustenta ser a presunção de inocência um imperativo de tratamento dos acusados, além de uma regra específica de distribuição do ônus da prova penal. Por fim, em todas as passagens desse estudo, esclareceu-se que a posição aqui firmada sustenta que, no sistema jurídico brasileiro, não deve ser admitida nenhuma antecipação de pena que não ostente os requisitos próprios de uma autêntica cautelar. Tendo em vista que as previsões legais que negam efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não se encaixam neste modelo, elas devem ser consideradas inconstitucionais, não podendo, por isso, ser aplicadas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría 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: Revista dos Tribunais, 2003.

———. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: RIBEIRO, Bruno Marais; LIMA Marcellus Polastri (Coord.). *Estudos em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira, legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

———. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

———. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

FERNANDES, Scarance. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, abr. 1994.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Prisão temporária. *Revista de Processo*, a. 15, n. 60, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. 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: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. *Fascículos de Ciências Penais*, a. 5, n. 2, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal, jurisdição ação e processo penal – estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.