



PESQUISA

O princípio da presunção da inocência à luz do novo entendimento do supremo tribunal federal
The principle of presumption of innocence in the light of the new understanding of the
federal supreme court

Railma Samera dos Aflitos, Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

RESUMO

Objetiva-se analisar a aplicação do novo entendimento da Suprema Corte. Pretende-se também investigar os aspectos das possíveis implicações que surgirão no decorrer de sua aplicação ao caso concreto. Para o presente estudo utilizou-se o método bibliográfico, baseando-se nos princípios, normas constitucionais, normas de cunho internacional sobre os Direitos Humanos e em entendimentos jurisprudências associados às lições dos doutrinadores. Busca-se verificar a problemática que envolve o princípio supramencionado, pois ao analisarmos tal dispositivo é imperioso se questionar a cerca do efeito que esse novo entendimento acarreta. Assim, conforme a atual jurisprudência, a pessoa que fora presa preventivamente e depois, ao final, restou absolvida, em regra, não tem direito à indenização por danos morais, salvo situações excepcionais, não sendo essa situação considerada um erro judiciário. Se a partir de agora esse também for o entendimento em relação à execução provisória de pena, note a violação de princípios e direitos constitucionais que poderão incorrer! Não se pode olvidar que hodiernamente o país vive em uma instabilidade política, mas isso não pode ser visto como um parâmetro de mudanças tão drásticas e retroativas dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna brasileira.

PALAVRAS-CHAVE:Princípio. Presunção da Inocência. Entendimento

ABSTRACT

The objective is to analyze the application of the new understanding of the Supreme Court. It is also intended to investigate the aspects of possible implications that will arise during its application to the specific case. For the present study, the bibliographic method was used, based on the principles, constitutional norms, international norms on human rights and on jurisprudence understandings associated with the lessons of the doctrinators. We try to verify the problematic that involves the above mentioned principle, because when analyzing this device it is imperative to question about the effect that this new understanding entails. Thus, according to the current jurisprudence, the person who had been arrested preventively and then, in the end, is absolved, as a rule, is not entitled to compensation for non-pecuniary damages, except in exceptional cases, and this situation is not considered to be a judicial error. If, from now on, this is also the understanding of the provisional execution of a sentence, note the violation of constitutional principles and rights that may be incurred! It can not be forgotten that the country is now living in political instability, but this can not be seen As a parameter of such drastic and retroactive changes of the fundamental rights positivados in the Brazilian Magna Carta.

KEY WORDS: Principle. Presumption of Innocence. Understanding

¹Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: raylmashameradd@gmail.com;

*Mestranda em Saúde Família - Uninovafapi, Especialista em processo penal. Professora do Curso de Direito, Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: vivianerios2005@gmail.com

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca verificar as mudanças avindas do novo entendimento da Suprema Corte quanto ao Princípio da Presunção da Inocência.

Com isso é imperioso destacar que o referido princípio está no rol dos direitos e garantias constitucionais e assevera em seu art. 5º, inciso LVII: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em outras palavras, o que esse princípio busca garantir é que, enquanto estiver pendente qualquer possibilidade de interposição de recurso por parte da defesa, existe e é devida uma presunção de que o réu é inocente. Portanto, enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena, isso porque ele ainda é presumidamente inocente.

O tema ora levantado assume um papel de grande importância dentro do contexto social atual, pois o referido princípio tem respaldo constitucional explícito. Com isso a sua aplicação correta segundo as palavras de Rafael Ferrari (p.2, 2012) se torna: “imprescindíveis ao exercício do Estado democrático de direito e às necessidades sociais de prevenção e repressão da criminalidade”.

Partindo dessa constatação advém a importância do presente estudo. Propõe-se analisar como objetivo geral a aplicação do novo entendimento da Suprema Corte. Como objetivos específicos, pretende-se investigar os aspectos das possíveis implicações que surgirão no decorrer de sua aplicação ao caso concreto, como também expor os argumentos a favor e contra tal decisão que para algumas ou muitas pessoas se encontra em contradição a tal princípio constitucional.

Reforçando a ideia, o princípio supramencionado representa um fato de proteção

para aqueles que sofrem acusação. Então, ao analisarmos tal dispositivo é imperioso se questionar a cerca do efeito que esse novo entendimento acarreta: o acusado vindo a perder a sua liberdade por conta da decisão condenatória provisória por órgão colegiado, vindo a ser modificada e alterada de condenação para absolvição, como ficaria a liberdade que foi retirada do indivíduo? Quem poderia ressarcir-lo de tal perda? E como isso poderia se dar?

Segundo os termos do 5º, LXXV, da Constituição Federal ao ser arbitrada prisão, além do tempo ou (e) erro judiciário, isso irá gerar para o indivíduo que foi cerceado do seu direito de liberdade a pleitear indenização ao Estado pelo dano sofrido.

E aqui cabe especial observação e questionamento, à luz desse novo entendimento do STF, a respeito do direito à indenização em hipótese de cumprimento provisório da pena com superveniente declaração de absolvição. Será que nesse caso os tribunais o indenizariam?

A construção do presente estudo utilizou-se o método bibliográfico, baseando-se nos princípios e normas constitucionais, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em entendimentos jurisprudências associados às lições dos doutrinadores.

O trabalho encontra-se estruturado em quatro itens. O primeiro aborda a Presunção da Inocência e nesse contexto estão inseridos: Aspectos Históricos, Presunção da Inocência como Cláusula Pétrea. Por conseguinte explana-se sobre a Presunção da Inocência versus Prisões Cautelares, bem como os Argumentos do STF para o cumprimento da Execução da Pena: Uma Análise do Julgamento do HC 84.078. E por fim, o quarto item busca fazer uma Crítica a posição do STF.

2 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 Aspectos Históricos

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

O princípio da presunção da inocência representa um fato de proteção para aqueles que sofrem acusação e seus precedentes históricos remontam a época da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como bem expõe Bonfim (2010, p. 76):

O princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10.12.1948).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o movimento Iluminista são dois bons exemplos que culminaram na evolução do aludido princípio, porque através deles houve uma modificação do que se pensava na época, já que, o acusado era considerado como objeto do processo, além de nenhuma garantia deter.

Com sua habitual maestria Tourinho Filho (2010, p.72) preleciona que:

Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1879, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei). Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembléia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação. Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.

Hodiernamente, a Constituição de vários países (Alemanha, Brasil, etc) passaram a ser interpretada de forma sistemática, através de princípios e regras que são ligados a valores de cunho jurídico que desempenham uma importante tarefa de realização dos direitos fundamentais.

Barroso (apud FERRARI, 2012, p. 3) ao tratar sobre o tema com sua habitual erudição esclarece que: “os princípios jurídicos, especialmente de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os elevou de uma fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna, ao centro do sistema jurídico”.

É importante que observemos que a Constituição Federal brasileira, no Título II, elenca o rol de garantias fundamentais, dentre os quais em seu artigo 5º, inciso LVII, prevê o Princípio da Presunção de Inocência, ou presunção de não culpabilidade, segundo o qual: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

No entanto, há divergências doutrinárias quanto a melhor nomenclatura a ser utilizada, “presunção da inocência ou não culpabilidade”. Quem é adepto a nomenclatura da “não culpabilidade”, defende que a Constituição Federal não faz menção que o réu tenha sua inocência presumida, haja vista, que se o réu não pode ser quisto como culpado até a sentença definitiva, não pode também ser amparado com o entendimento de que é presumidamente inocente. Para os que defendem a “presunção da inocência”, é inocente qualquer pessoa que não tenha ainda sua confirmação de culpa. Essa confirmação que é através de uma decisão, deve ser feita conforme os parâmetros do devido processo legal, de um juízo que tenha competência e uma decisão condenatória transitada em julgado.

Quanto à presunção da inocência Oliveira (apud PILONI, 2013, p.2) salienta, com efeito:

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas de afirmação dela como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual)

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

quanto à fase processual propriamente dita (ação penal).

Assim, é imperioso destacarmos que o referido princípio se firmou como garantia contra excessos praticados pelas autoridades em relação ao acusado. Portanto, enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena, isso porque ele ainda é presumivelmente inocente.

2.2 Presunção da Inocência: Cláusula Pétrea

A cláusula pétrea, para a melhor doutrina, tem o papel de assegurar a imutabilidade dos valores constitucionais e conservar a real intenção do legislador constituinte. Portanto, eliminando-a, ensejaria o enfraquecimento dos princípios basilares do poder constituinte originário.

Diante disso, no diploma de 1988, precisamente no artigo 60, §4º, inciso IV prescreve: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”. Como já supratranscrito, o artigo 5º, inciso LVII, prevê de forma explícita o princípio da presunção da inocência e como o referido princípio é um garantia individual, afirmar-se então que o artigo 5º, inciso LVII, encontra-se protegido entre as cláusulas pétreas.

Hachem, a propósito, formula o seguinte pensamento (2016, p.8):

O constituinte impôs essa proibição em um momento de lucidez, de amplo debate democrático, que contou com a participação dos mais diversos segmentos da sociedade, para evitar que súbitos emocionais experimentados por maiorias eventuais no Parlamento viessem a degradar a essência da Constituição. Se o poder reformador decidisse eliminar essas normas, teria de invocar o poder constituinte e criar uma nova ordem constitucional, pois a anterior não poderia sobreviver se lhe fossem retiradas essas disposições fundamentais. Eliminar uma cláusula pétrea é como retirar o coração

do sistema constitucional, ferindo-o de morte.

Na mesma linha de raciocínio, quanto às garantias, merece destaque as lições de Ferrajoli (apud CARVALHO e MUDROVITSCH, 2016, p.1) que “desenvolveu um sistema de garantias penais calçado em dez premissas fundamentais, as quais apontam para uma contundente teoria do garantismo penal”.

O autor desenvolve em torno da sua teoria, três acepções, mas por questões didáticas, apenas a primeira será transcrita. Para Ferrajoli (apud NOVELLI, 2014, p.2).

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Assim, o garantismo penal funciona como um mecanismo de segurança dos cidadãos para reduzir o poder punitivo Estatal e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Por conseguinte, ao fazer uma análise do princípio da presunção da inocência como cláusula pétrea em conjunto com a teoria do garantismo penal, resta claro, que a função deles é de tentar limitar o poder punitivo do Estado, visto que, ambos representam fatos de proteção para aqueles que sofrem acusação.

3 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA VERSUS PRISÕES CAUTELARES

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

Ainda quanto ao princípio da presunção da inocência, este por sua vez, busca garantir que enquanto estiver pendente qualquer possibilidade de interposição de recurso por parte da defesa, existe e é devida uma presunção de que o réu é inocente. Portanto, enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena, isso porque ele ainda é presumidamente inocente.

Já a prisão cautelar, pode ser decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tem como fito assegurar a devida apuração das investigações ou do processo criminal, visando também à proteção da coletividade e o risco de haver nova prática delituosa.

Diante disso com precisão pontifica Lima (2016, p.1162):

Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.

Com a positivação do princípio da presunção de inocência na Carta Magna de 1988, instalaram-se divergências de ordem doutrinária e jurídica, sobre a existência ou não de incompatibilidade entre o supratranscrito princípio e as prisões cautelares. Entretanto Jardim (apud SILVA, 2012, p. 49) assevera:

Não obstante a adoção do princípio da inocência pelo legislador constituinte, o próprio texto constitucional vigente admitiu também a prisão provisória ou cautelar, ao lado daquele princípio, uma vez que permitiu a prisão —por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar - se antes, no curso ou no fim do processo. Tal significa dizer que, se a

presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar de hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do mesmo sistema constitucional. Logo, sob tal ponto de vista formal, não haveria nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência.

Ressaltando, o princípio da presunção de inocência não é incompatível com as prisões cautelares antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois no art. 5º, LXI da CF/88, de forma expressa elenca as possibilidades de prisão para tal. Todavia, não se pode olvidar que a prisão cautelar não deve em hipótese alguma perder sua essência de ‘ultima ratio’, sendo utilizada apenas quando se mostrar necessária consoante às peculiaridades do caso concreto.

4. ARGUMENTOS DO STF PARA O CUMPRIMENTO DA EXECUÇÃO DA PENA: Uma análise do julgamento do HC84.078-7

A decisão que fundamentou o entendimento firmado no HC 84.078-7, em 2009 foi com base no artigo 5º, inciso LVII, que no Plenário da Suprema Corte brasileira decidiu por 7 votos a 4, a impraticabilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Antes do entendimento acordado no referido HC, havia divergências sobre a matéria nas 1ª e 2ª turmas do STF, pois na 1ª era admitida a antecipação do cumprimento da pena privativa de liberdade. O fundamento é o seguinte: os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90). Logo, mesmo a parte interpondo algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Dessa forma, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

recurso. Enquanto na 2ª turma, a compreensão sobre o tema era diversa, uma vez que, era inadmitido o cumprimento antecipado da pena, por considerar uma enorme ofensa e violação ao princípio da presunção da inocência.

Em síntese, Cardoso e Pessoa (2009, p.6) descreveram o caso que originou o já citado HC e também anunciam a manifestação dos votos dos ministros do Egrégio Tribunal quanto ao entendimento concebido.

O Habeas Corpus em questão foi interposto por Omar Coelho Vítor, em que pleiteava o direito de recorrer em liberdade. Depois de ter sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, §2º, I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código penal), e ter sua condenação confirmada pelo Tribunal, interpôs recurso especial. Devido ao efeito não suspensivo desse recurso, o STJ havia negado o direito de recorrer em liberdade, tendo então, sido interposto o HC ao STF, cuja decisão a ser proferida pela 2ª Turma foi submetida ao Plenário. O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

O raciocínio jurídico adotado como fundamentação do Habeas Corpus, ou seja, contrária à tese da execução provisória, diz respeito de que a negativa do seu indeferimento estaria ferindo gravemente o princípio da presunção da inocência e não tão somente isso, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana pela justificativa de que ao se decretar uma prisão através de um julgamento que a *posteriori* poderá ser modificado a favor da absolvição do réu seria impossível devolver ao inocentado o tempo em que esteve preso por conta de uma sentença de culpa provisória.

Com efeito, o Excelentíssimo Ministro Eros Grau¹ defendendo a inadmissão do cumprimento antecipado da pena pontifica que:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

5. CRITICA A POSIÇÃO DO STF

Com o advento do HC 126.292/SP houve uma drástica mudança no entendimento jurisprudencial da Corte ao entender sobre a possibilidade de execução provisória da pena, matéria que já tinha sido discutida no julgamento do HC 84.078/MG, em 2009.

Em 2009 o entendimento da Corte era no sentido de condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvadas as possibilidades de prisão preventiva ou temporária, que são modalidades de prisão cautelar. Já no HC 126.292/SP, julgado em 2016, a interpretação foi completamente contrária, tendo sido negada a ordem de Habeas Corpus, por entendimento da maioria dos votos. A partir de então o início da execução da pena deveria se dar logo após a confirmação da sentença condenatória por um órgão colegiado, o que, segundo o novo entendimento, não ofenderia o princípio constitucional da presunção da inocência.

Ademais, tal princípio é consagrado não apenas na Constituição Federal, mas também em documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de

¹ Voto, no HC 84.078/MG, p. 2.

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

1948 e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.

O art. 11º Da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, preceitua:

Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

Assim também dispõe o art. 8 (2) da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica.

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor (d) ou ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei (e)".

Façamos um esforço para entender a mudança de entendimento do STF. O que acontecia na prática, em consonância com o entendimento de 2009 do STF, era que o acórdão condenatório de 2º grau que condenou o réu não produzia efeitos ainda, aguardando e respeitando o direito recursal. Uma vez interposto o recurso pela defesa contra a decisão condenatória, este era recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo) até eventual confirmação da condenação pela instância superior. Tudo em nome da presunção de inocência que, como dito, tem supedâneo constitucional, além de em tratados internacionais. Até havia a possibilidade de aguardar o julgamento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário preso, desde que presentes os pressupostos para a prisão preventiva (art. 312

do CPP)², prisão esta de natureza cautelar, e não de execução provisória da pena.

Entretanto, lamentavelmente, o novel entendimento do STF é no sentido de que é sim possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, sem que isso ofenda o princípio constitucional da presunção da inocência.

Para o Ministro Teori Zavascki³, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, pois os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Por 7 (sete) votos a 4 (quatro), esse foi o entendimento que prevaleceu.

O Ministro Marco Aurélio⁴ foi um dos que restou vencido, tendo defendido que: "O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional".

Ao observarmos o princípio da presunção da inocência (que só não é admissível após o trânsito em julgado da sentença condenatória) podemos constatar que o princípio supramencionado representa um fato de proteção para aqueles que sofrem acusação. Então, ao analisarmos tal dispositivo é imperioso se questionar a cerca do efeito que esse novo entendimento acarreta: o acusado vindo a perder a sua liberdade por conta da decisão condenatória provisória por órgão colegiado, vindo a ser modificada e alterada de condenação para

² Código de Processo Penal, art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei pena, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria.

³ Voto, no HC 126.292/SP.

⁴ Voto, no HC 126.292/SP, p. 77-78.

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

absolvição, como ficaria a liberdade que foi retirada do indivíduo? Quem poderia ressarcir-lo de tal perda? E como isso poderia se dar?

Segundo os termos do 5º, LXXV, da Constituição Federal ao ser arbitrada prisão, além do tempo ou (e) erro judiciário, isso irá gerar para o indivíduo que foi cerceado do seu direito de liberdade a pleitear indenização ao Estado pelo dano sofrido. E aqui cabe especial observação e questionamento, à luz desse novo entendimento do STF, a respeito do direito à indenização em hipótese de cumprimento provisório da pena com superveniente declaração de absolvição. Será que nesse caso os tribunais o indenizariam?

É, no mínimo, curiosa a jurisprudência atual dos Tribunais sobre prisão preventiva que, se aplicada por analogia a casos de execução provisória de pena, a resposta seria que, em regra, não há direito à indenização. Nesse sentido, um julgado do STJ de 2014:

(...) O dano moral resultante de prisão preventiva e da subsequente sujeição à ação penal não é indenizável, ainda que posteriormente o réu seja absolvido por falta de provas. Em casos dessa natureza, ao contrário do que alegam as razões do agravo regimental, a responsabilidade do Estado não é objetiva, dependendo da prova de que seus agentes (policiais, membro do Ministério Público e juiz) agiram com abuso de autoridade. (...)
(STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 182.241/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 20/02/2014)

Nesse sentido também o STF, no mesmo ano de 2014:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes.
1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da

responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula nº 279/STF.
2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.
3. Agravo regimental não provido.
(STF. 1ª Turma. ARE 770931 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/08/2014)

Assim, a pessoa que fora presa preventivamente e depois, ao final, restou absolvida, em regra, não tem direito à indenização por danos morais, salvo situações excepcionais, não sendo essa situação considerada um erro judiciário. Se a partir de agora esse também for o entendimento em relação à execução provisória de pena, note a violação de princípios e direitos constitucionais em que estaremos incorrendo! Ademais, entendemos que a liberdade é um bem que quantia em dinheiro alguma - por mais que vultosa seja - paga, pois o tempo perdido não mais voltará.

Além disso, não é razoável defender o atual entendimento do STF com base em argumentos de “efetividade da função jurisdicional penal”, tampouco “interesse social”. Isso porque há muito tempo já estamos nessa política de aprisionamento em massa, números esses exorbitantes principalmente de presos provisórios que segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen Estatística), colhidos em junho de 2014, mais da metade (51%) dos estabelecimentos existentes no país foram concebidos com vistas ao recolhimento de presos provisórios.

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

E não se consegue perceber que as prisões no Brasil não cumprem o seu “papel ressocializador”. Ademais, essa “política de aprisionamento” também tem gerado gastos excessivos aos cofres públicos, cujos recursos são aplicados em medidas repressivas de policiamento e aprisionamento, quando o lógico não é feito, que seria investir em medidas preventivas, como investimentos em educação, por exemplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, tem-se que deixar bem claro que não podemos ignorar os atos criminosos - quem comete crime deve sim ser punido - mas não se pode desprezar a liberdade, que é um bem jurídico do qual não se pode privar o cidadão, exceto nos limites legais. E manter presos provisórios aos montes nos presídios não é nem um pouco razoável, como de igual forma não é coerente aceitar execução provisória de pena sem a devida observância do princípio da inocência. A regra para o processo penal é a liberdade e a “ultima ratio” é a prisão.

O Supremo Tribunal Federal como guardião da Lei maior, não pudesse ater a uma decisão por conta do clamor público, pela sensação de impunidade da população, decidir algo dessa magnitude nesses moldes é muito perigoso, visto que, o juiz no processo penal tem como dever e não como faculdade guardar da melhor maneira possível à eficácia das garantias e os direitos fundamentais da Constituição a fim de conceder ao acusado um julgamento justo.

Como já citado alhures, não se consegue perceber o que é um fato, que as prisões não ressocializam, funcionando como verdadeiras escolas do crime, e se a função penal não tem sido efetiva, certamente não o é por falta de aprisionamentos. Mas, ainda assim, a sociedade

anseia por prisão, no esteio do que prega o punitivismo midiático. É uma realidade deplorável que, lamentavelmente, ganha reflexos na jurisprudência.

Não se pode olvidar que hodiernamente o país vive em uma instabilidade política, mas isso não pode ser visto como um parâmetro de mudanças tão drásticas e retroativas dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: rev. e atual, de acordo com 3s Leis n. 11.900, 12.Q 16 e 12.037, de 2009 – 5.ed : – São Paulo .- Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, (“Pacto de San José de Costa Rica”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em set 2016.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgRg no AREsp 182.241/MS n° 182.241**, da 1ª Turma do Superior tribunal de justiça, Brasília, DF, 20 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;aresp:2014-02-20;182241-1331960>>. Acesso em set 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas-Corpus n° 126.292**. Relator: ZAVASCKI, T. Publicado no DJe - 100 de 17-05-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2EENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em set 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas-Corpus n° 84.078**. Relator: GRAU. E. Publicado no DJe - 035 de 26-02-2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em set 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 770931 AgR.**, da 1ª Turma Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 19 agosto. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2>>

Aflitos, R. S.; Magalhães, V. M. P. R.

5295058/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-770931-sc-stf>. Acesso em set 2016.

CARDOSO, Aline; PESSOA, Flávia. O julgamento pelo STF do HC 84.078-7: uma exegese à luz da análise crítica do discurso. **Revista Eletrônica da Amatra XX**, Aracaju, n. 19, abri./jun., 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31142-34354-1-PB.pdf>>. Acesso em set 2016.

CARVALHO, Felipe Fernandes de; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Presunção de inocência e o STF: o problema da falta de modulação de efeitos**. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-e-o-stf-o-problema-da-falta-de-modulacao-de-efeitos>>. Acesso em julho 2016

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829>. Acesso em abr 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, n. 86, 2016. Disponível em<<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em set 2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça. 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em set 2016.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o Princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, Mato Grosso do Sul, v. 16, n. 31, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em set 2016.

ONU. Declaração Universal dos direitos do Homem. 2011. Disponível em: <<http://generodemocraciaedireito.files.wordpress>

.com/2011/02/declarac3a7c3a3o-universal-dos-direitos-humanos.pdf>. Acesso em set 2016.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. Princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 18, n. 3751, 8out.2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25467>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

SILVA, Cristiane Vieira Da. **Presunção de inocência x prisão cautelar: Análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília: uniceub, 2012. Disponível em:<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/623/3/20756402_Cristiane%20Silva.pdf>. Acesso em agosto 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. ed. 13. - São Paulo: Saraiva, 2010.

EDITORA SARAIVA. **Vade mecum saraiva**. Obra coletiva de autoria da Editora com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. ed. 22. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

Submissão: 02/09/2016

Aprovação: 16/11/2016