

A presunção de inocência impede a prisão?¹

Hugo Nigro Mazzilli

Entre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Entretanto, no dia 5 de outubro, por 6 x 5 votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) mandou iniciar-se o cumprimento da pena já a partir da condenação de segunda instância (ADC 43 e 44).

O que isso quer dizer?

De um lado, a Constituição entende que uma pessoa se presume inocente enquanto não advenha sentença penal definitiva que a considere culpada; de outro lado, o STF disse que a sentença penal confirmada por tribunal estadual ou por tribunal regional federal já pode ser executada, ainda que pendente recurso especial (ao Superior Tribunal de Justiça — STJ) ou extraordinário (ao STF).

Haveria contradição entre a Constituição, que diz que uma pessoa é inocente até ser definitivamente condenada, e a decisão do STF, que diz que uma pessoa pode começar a cumprir a pena antes de ter seus derradeiros recursos julgados?

Muitos entendem que sim, a começar pela minoria qualificada de 5 dentre 11 ministros. A eles se somam muitos advogados e juristas, além, *et pour cause*, dos próprios réus como os da operação *Lava-jato*, que veem aproximar-se perigosamente o momento de ir para a cadeia.

Outros creem que o STF acertou, pois a tese, única nos países civilizados, de não executar condenações antes de esgotarem-se todos os recursos, inviabiliza a efetividade do processo penal, que é, igualmente, escopo constitucional: essa é a opinião de delegados, membros do Ministério Público e magistrados, entre os quais o Juiz Sergio Moro, que conduz as apurações penais da *Lava-jato*.

Com quem a razão?

Para bem interpretar a lei, é preciso alcançar o que ela quer dizer, ou seja, considerar as razões que inspiraram sua dicção e buscar os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Ora, o princípio da inocência é importante conquista da civilização, e baseia-se na ideia justa de que, por mais que as aparências apontem para a culpa de uma pessoa, ela pode ser inocente. Assim, uma pessoa presa em flagrante, com a arma do crime na mão, pode não ter sido quem esfaqueou e matou a vítima, e sim quem tentou socorrê-la, tirando a faca cravada em seu corpo. Somente

1. Artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. 12-10-2016, p. A2, disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/presinoc.pdf.

após instrução regular e após sentença definitiva é que se poderá dizer se aquela pessoa é efetivamente ou não a autora do crime.

Ora, quando o juiz (de primeiro grau) examina as provas e condena ou absolve o réu, ainda cabe recurso ordinário para um tribunal de Justiça estadual ou para um tribunal federal de recursos (de segundo grau), os quais podem, pela última vez, rediscutir as mesmas provas nas quais se baseou o juiz para sentenciar. Este julgamento é o último, no que diz respeito à discussão de provas. Quanto à questão de saber se o fato criminoso ocorreu ou não, e se o réu foi ou não foi o autor desse fato — a matéria fica definitivamente decidida.

É verdade que ainda cabem recursos especiais ou extraordinários, agora não mais para discutir os fatos (as provas de materialidade ou autoria), mas sim para discutir questões de direito, como se a lei que incrimina aquela conduta já provada está ou não em vigor, ou se é ou não constitucional. Para tanto, são chamados a decidir esses pontos apenas jurídicos os tribunais mais altos da Federação, que são o STJ (em matéria legal) e o STF (em matéria constitucional).

Na pendência desses últimos recursos — os ditos recursos especiais ou extraordinários — pode a pena ser cumprida, ou ainda deve prevalecer a presunção de inocência diante de uma condenação que ainda está sujeita a recurso?

Essa é a questão.

No que diz respeito à questão probatória — se houve ou não o fato, e se o réu é ou não o autor desse fato — já é definitiva a decisão condenatória proferida em segundo grau (nos tribunais de Justiça ou nos tribunais regionais federais). Embora essa decisão possa ser reformada pelo STJ ou STF em matéria de direito (não de fato), isso não é óbice para considerar que a presunção de inocência já desapareceu, uma vez que a discussão probatória está encerrada. É verdade que poderíamos ainda estar diante de um hipotético inocente, pois o STJ ou o STF sempre poderiam, mais adiante, dizer que o fato praticado pelo réu (fato provado) não é crime porque a lei é inconstitucional ou o fato é atípico. Mas, sob esse prisma, então poderia ser redarguido que, mesmo que já tivéssemos esgotado os recursos especiais ou extraordinários, até mesmo anos depois, uma revisão criminal ou um *habeas corpus* poderiam afirmar que aquele indivíduo era inocente. Assim, a possibilidade meramente hipotética de estarmos diante de uma condenação injusta sempre existiria.

Entretanto, para a execução penal, basta tenha cessado a presunção de inocência, o que se dá com a obtenção da certeza sobre a autoria e a materialidade da infração penal. Esta certeza probatória começa a estabelecer-se com a sentença condenatória do juiz (primeiro grau) e é afirmada em definitivo no acórdão condenatório do tribunal de Justiça ou do tribunal federal de recursos (segundo grau).

Esse entendimento, correto a nosso ver, tem o mérito de recolocar as Cortes superiores no seu devido papel, que não é de uma terceira ou quarta instância recursal ordinária, e sim de uniformização de jurisprudência e controle de legalidade e constitucionalidade. Impede, ainda, que os criminosos com mais recursos econômicos

se valham dos infundáveis recursos excepcionais para postergar ao infinito a execução das penas, quando a grande maioria dos criminosos jamais terá igual chance.

Afinal, a prisão, desde que decretada fundamentadamente por autoridade judiciária competente, está conforme com os cânones constitucionais (art. 5º, LXI).

• **Hugo Nigro Mazzilli** é Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo