

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

KENNEDY JOSUÉ GRECA DE MATTOS

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DOS PRECEDENTES NORMATIVOS À
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº
126.292/SP**

CURITIBA

2017

KENNEDY JOSUÉ GRECA DE MATTOS

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DOS PRECEDENTES NORMATIVOS À
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº
126.292/SP**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

KENNEDY JOSUÉ GRECA DE MATTOS

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DOS PRECEDENTES NORMATIVOS À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

Componentes: Prof. Dr.

Curitiba, 04 de maio de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por uma vida com perdas, com ganhos, sorrisos e lágrimas, mas, sobretudo, por uma vida com intensidade. Agradeço ao Criador por me mostrar que cada conquista tem seu momento certo, mesmo que não seja muitas vezes aquele que espero. Agradeço ao Senhor por me amparar diante das decepções e, sobretudo, por me dar forças para que, mesmo caído, possa me levantar novamente.

Aos meus pais. A minha saudosa mãe Gerssy, que sempre me compreendeu e nunca mediu esforços para que eu pudesse aprender sempre mais. Ao meu pai José Djalma, advogado de guerra que me ensinou a buscar a ser firme com elegância e nunca desistir da luta.

A minha querida esposa Marília, que sempre compreendeu que eu devia continuar a minha formação no mestrado, mesmo que, para tanto, nossos preciosos momentos fossem sonogados.

A minha filha Stella, que, mesmo à distância, foi e é uma incentivadora constante, fonte de amor, inspiração e força.

Aos colegas de aula Carla, Claudia, Fabrício, Lea e Parcelli; que sempre somaram forças para que o cansaço da pesquisa fosse atenuado e para que o nosso Curso na Universidade Paulo de Olavid, na Espanha, fosse concluído com sucesso.

A todos os professores do mestrado da Unibrasil, que ministraram aulas bem preparadas e que investiram todo o seu talento na minha formação.

Agradeço especialmente ao meu orientador Paulo Ricardo Schier, brilhante professor e precioso amigo, pelo tempo a mim dedicado, pela farta bibliografia indicada e ofertada, pela paciência, pela cobrança sempre educada dos objetivos, por ter acreditado na proposta do tema e, principalmente, por ter firmado em mim a confiança necessária para concluir o trabalho.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	vi
RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	09
1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL	13
1.1 CONFIGURAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	13
1.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
1.3 TRÂNSITO EM JULGADO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	49
2. O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP	68
2.1 A TRAJETÓRIA DO STF A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988	69
2.2 VOTOS VENCEDORES.....	79
2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS.....	94
3. O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO EM FACE DOS ARGUMENTOS CONSTANTES DO VOTO VENCEDOR	101
3.1 A REAÇÃO DA DOCTRINA	101
3.2. RECURSOS MERAMENTE PROTELATÓRIOS.....	101
3.3. ARGUMENTO: NECESSIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL.....	104
3.4. ARGUMENTO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	107
3.5. ARGUMENTO: VEDAÇÃO AO RETROCESSO	110
3.6. ARGUMENTO: ENCERRAMENTO DA DISCUSSÃO ACERCA DA MATÉRIA FÁTICA.....	113
3.7. AUTORES QUE SE MANIFESTARAM SOBRE VÁRIOS ARGUMENTOS USADOS NO VOTO VENCEDOR	121
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154

ABREVIATURAS

CP – Código Penal

DHDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

O presente trabalho tem por intuito a análise da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal mediante o HC 126.292/SP, no qual se possibilita a execução provisória da pena a partir da decisão de confirmação da condenação de primeiro grau, em segunda instância. Essa análise se dará com enfoque nos direitos humanos, bem como a evolução histórica das garantias fundamentais. Esse estudo tem por objetivo demonstrar que a referida decisão ultrapassa os limites do Poder Judiciário, ferindo de forma evidente as garantias individuais previstas na Constituição da República Brasileira, bem como os pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Para tanto, realiza-se o estudo de diversos autores, tanto do meio jurídico, quanto filosófico e social.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos humanos; HC 126.292/SP; Execução provisória; Direitos; Decisão.

ABSTRACT

This study is intended to analyze the recent decision rendered by the Supreme Court by the HC 126,292 / SP, which enables the provisional execution of the sentence from the decision of the first's degree condemnation acknowledgement, in second instance. This analysis will be done with focus on human rights as well as the historical evolution of the fundamental guarantees. This study aims to demonstrate that the related decision transcends the limits of the Judiciary, clearly violating the individual guarantees provided by the Constitution of the Brazilian Republic and the international agreements from which Brazil is a signatory. Therefore, it's performed the analysis of many authors from judicial, social and philosophical environment.

KEYWORDS:

Human Rights; HC 126.292/SP; Provisional Execution; Rights; Decision.

INTRODUÇÃO

O país assustado assiste horrorizado a onda crescente de criminalidade. Delitos cada vez mais violentos são veiculados pela imprensa.

Há um sentimento de impotência, um sentir de impunidade, pois, ao que parece, os malfeitores nunca são presos. Convivem livremente entre homens e mulheres do bem, com a certeza de que nunca serão apanhados.

A culpa é das autoridades, já que o povo nada pode fazer. Desarmados, indefesos, contam perdas materiais e, principalmente, enlutados pela perda de entes queridos esperam por mudanças que tardam a chegar.

É neste cenário que o direito é chamado para atuar como regulador de conduta e para impor a ordem e a paz.

Para realizar tal desiderato, a missão de eliminar a impunidade é entregue à polícia e ao Poder Judiciário.

A questão da repressão da criminalidade desenvolvida pelos aparatos policiais não é aqui tratada em virtude de sua complexidade, posto que merece estudo próprio. Contudo, reconhecemos que são muitas vezes atividades que se entrelaçam, especialmente quando pensamos nas prisões cautelares ou definitivas, ambas medidas portadoras de forte impacto social.

Aliás, em relação a esse aspecto, o leigo, leitora ou espectador não sabem a diferença entre a atuação da polícia e do Poder Judiciário. As pessoas mais simples costumam dizer que *“a polícia prende e o juiz solta”*; *“que o processo demora tanto que ao final o acusado nem é preso”*, ou, ainda, que *“o réu já foi condenado várias vezes, mas nunca a sentença é cumprida”*.

Mas o que realmente importa a todos é que há um aumento da criminalidade no país. Basta ver os dados oficiais que a imprensa divulga, por exemplo, o Centro de Detenção Provisória de Campinas¹, segundo reportagem do Jornal Globo, opera com 122 (cento e vinte e dois) por cento de sua capacidade. Foi construído para abrigar

¹EVANS, Fernando. *Mutirão tenta aliviar a superlotação de presídios na região de Campinas*. Globo.com. Campinas e Região, 14 jan. 2017. <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2017/01/mutirao-tenta-aliviar-superlotacao-de-presidios-na-regiao-de-campinas.html>. Acesso em 27.02.2017.

822 (oitocentos e vinte e dois) detentos, no entanto, conta com 1826 (mil oitocentos e vinte e seis) internos.

No estado do Paraná, a situação não é diferente. Na cidade de Cascavel, a carceragem abriga 460 (quatrocentos e sessenta) detentos, quando sua capacidade é de 134 (cento e trinta e quatro) internos². Na mesma situação, encontram-se as unidades prisionais de Ubitatã, de Marechal Cândido Rondon e de Guaíra. A situação do Espírito Santo é ainda mais alarmante, já que suas 35 unidades prisionais abrigam mais de 19 mil presos, operando com 41,1% acima da capacidade.

A sociedade está a exigir das autoridades uma providência, mesmo diante das turbulências políticas que todos sentimos.

Acabamos de presenciar o “impeachment” da presidente Dilma Roussef, o afastamento da função e a prisão do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, e existem vários inquéritos que investigam a prática de atos ilícitos que teriam sido praticados pelo Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros. Os desdobramentos da operação “Lava-Jato” a toda semana revelam que novas formas de desvio de dinheiro público teriam sido utilizadas por representantes do povo da maioria dos partidos políticos, bem como por ocupantes de cargos importantes no Governo.

Esta falta de credibilidade nas instituições também espanca as expectativas de uma rápida prestação jurisdicional. Como dissemos, a voz que ecoa do centro dos bairros, da periferia das cidades e do campo é um hino de desesperança, uma canção de medo. Os que tem, se encastelam em verdadeiras fortalezas, atrás de muros altos ou em condomínios.

A violência das ruas ceifa a vida dos filhos da nossa gente. De um lado, há a violência dos crimes contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a liberdade sexual, contra a administração pública, crimes raciais, de trânsito, de tráfico de entorpecentes, de violência contra a mulher etc. De outro, a violência policial.

O coro que se ouve dos lares quer a imediata prisão e a condenação dos malfeitores. Por outro lado, quando se vê o sistema prisional brasileiro, com cárceres superlotados, com seres humanos condenados “empilhados” em locais que não

²*Superlotadas, cadeias da região oeste do Paraná registram fugas e rebeliões.* Globo.com. <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2015/10/superlotadas-cadeias-da-regiao-oeste-do-parana-registram-fugas-e-rebelioes.html>. Acesso em 27.02.2017.

proporcionam um mínimo de dignidade, com constantes rebeliões³, seara onde o Estado esteve ausente por tanto tempo, percebe-se que a tarefa não é nada fácil.

O problema se estabelece justamente nesse aspecto: a criminalidade pode ou deve ser combatida através da execução das penas previstas nas sentenças condenatórias, confirmadas em segundo grau de jurisdição, sem que se aguarde o julgamento de todos os recursos previstos em lei?

O princípio da presunção de inocência pode ser relativizado? Tal princípio promove de fato a proteção dos acusados contra abusos do Estado?

Nessa toada, surge com grande importância o tema desta dissertação. É que o Supremo Tribunal Federal foi clamado a decidir justamente sobre este tema, qual seja, a presunção de inocência. Pretendemos concentrar na atuação da Suprema Corte brasileira, que enfrentou a questão, permitindo o cumprimento da pena privativa de liberdade após confirmação da decisão condenatória de primeiro grau, por colegiado de tribunal. Queremos arbitrar o julgamento do HC 126.292/SP, que representou o divisor de águas entre o entendimento anterior e o atual acerca do tema.

O princípio da presunção de inocência, segundo uma visão mais tradicional, visa impedir a adoção de medidas restritivas da liberdade individual antes do reconhecimento legal de sua culpabilidade, assegurando-se também com isso a regulamentação da persecução penal, tanto na fase indiciária quanto durante o processo.

Instituído na Constituição Federal de 1988, a norma vinha sendo interpretada no sentido de não ser possível a prisão decorrente da condenação criminal, enquanto não houvesse trânsito em julgado tanto para a acusação como para a defesa. Ou seja, a execução da sentença proferida em primeiro grau de jurisdição ficaria suspensa até que fosse confirmada pelo julgamento do último recurso previsto no ordenamento jurídico à disposição do réu.

Com o julgamento histórico do Habeas Corpus nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal muda seu entendimento, agora no sentido de que é possível a execução da pena a partir da confirmação da condenação por colegiado de tribunal. Percebemos que, antes, a execução da medida restritiva de liberdade se dava após o trânsito em julgado ou cautelarmente, baseava-se em critérios de periculosidade do

³BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Política Penal*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>. Acesso em 09.03.2017.

acusado, seus antecedentes criminais, o clamor público causado pela prática do crime e a possibilidade de o agente atrapalhar a instrução do processo, conforme a previsão dada pelo Código de Processo Penal em seu artigo 312.

Como veremos, com essa mudança de interpretação das normas processuais e do princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal busca, dentre outros adjetivos, dar uma resposta mais célere à sociedade, evitando, assim, aqueles recursos repetitivos e com o intuito protelatório, “manobras recursais” utilizadas a cada dia mais e que contribuem para que a impunidade prevaleça.

Pois bem. Nesta dissertação, vamos debater, num primeiro momento, o tema do debate até aqui apresentado, procurando definir o que é presunção de inocência, como ela foi tratada na Constituição Federal de 1988, e vamos relacionar tal princípio com o trânsito em julgado das decisões criminais.

Em um segundo momento, vamos descrever como se deu o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal, inventariando voto por voto os argumentos utilizados pelos senhores ministros.

Por último, apresentaremos a reação de boa parte da doutrina em relação àqueles argumentos constantes do voto vencedor.

1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1 CONFIGURAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O estudo do tema inicia-se pela busca de um conceito. Trata-se de um princípio que, em expressão simples, implica na proibição da aplicação de medidas restritivas à liberdade e ao patrimônio da pessoa, quando de natureza penal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), traduz a ideia de que toda pessoa acusada penalmente é presumida inocente, até que seja declarada culpada por decisão judicial transitada em julgado, e está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Brasileira de 1988⁴.

Para Guilherme de Souza Nucci⁵, tem por objetivo garantir primordialmente que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo este o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-Juiz, a culpa do réu.

Contudo, como veremos mais adiante, referido princípio em verdade não tem característica de absoluto, pois é orientado por outros princípios do ordenamento jurídico que precisam ser aplicados, relativizando a presunção de inocência em virtude de valores, como a segurança pública e a própria justiça. É o que ocorre quando, por exemplo, é deferida uma prisão cautelar em desfavor de um réu ou, ainda, de um investigado.

Para Nucci:

Confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. A partir disso, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação da pena, levando a presunção de inocência.⁶

⁴ Art. 5º (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

A relativização do princípio da presunção de inocência apresenta-se na doutrina com maior ou menor intensidade, chegando a ser admitida quando ainda não há decisão judicial irrecorrível.

Nesta linha, há quem afirme que a Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando a tutela da liberdade pessoal.

Todavia, a consagração do princípio da presunção da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *iuris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias⁷, em flagrante, preventivas⁸, por pronúncia⁹ e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado¹⁰.

Na definição de Rocha:

Diante de tal princípio, afirma-se que todo acusado é inocente, até prova em contrário, devendo, pois, provar a acusação, toda a imputação lançada contra o réu. Enquanto, portanto, por este princípio, não declarar a sentença final, a culpabilidade do agente, deve ele ser considerado inocente.¹¹

Da obra de Aury Lopes Jr., podemos extrair da presunção de inocência que:

⁷ STJ – 5ª T. RHS nº 1576-SC – Rel. Min. José Dantas – V. M. – Dirário da Justiça, 9 mar. 1992 – p. 2.588 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

⁸ TJSP, HC 79.434-3, 1ª Cam. Crim., Rel. José Jarbas Manzoni, j. 12-6-89, TJSP 121/352; TA CRIM SP, HC184.636-0, 9ª Cam., Rel. Juiz Marrey Neto. J. 23-8-89, RT 649/275 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

⁹ STF, HC 69.696-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 148/741; STF – 1ª T. – HC nº 69.026.2 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – m.v – Diário da Justiça, 4 set. 1992, p. 14.091. No mesmo sentido: TJSC – Rec. 8.715, 1ª Câmara. – Rel. Des. Ernani Ribeiro, j. 1-6-89, RT 644/312 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

¹⁰ STF, HC 72.171-1 SP, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, j. 22-8-95, DJU 27 out. 1995, p. 36.332, STF 2ª T. – HC nº 71.401-3/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, v.n., Diário da Justiça, Seção 18 set. 1995, p. 28.355 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

¹¹ ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro da. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25.

- a) Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições.
- b) Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).
- c) Dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova).
- d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.¹²

O conteúdo do princípio hoje é reconhecido como exigência de que haja obediência à ampla defesa e ao contraditório, o ônus da prova deve recair sobre a acusação e o suspeito/acusado não deve ser tratado como culpado antes de que se tenha o trânsito em julgado da condenação. A dúvida não é suficiente para desconstruir a presunção de inocência do acusado, por isso diversos autores associam diretamente esse princípio ao do *in dubio pro reo*.

Assim como Moraes, Nucci¹³ também afirma que a presunção de inocência se integra ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre o réu ser declarado inocente.

Alguns autores afirmam que não existe um princípio de presunção de inocência, e sim um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado, por isso, de acordo com Mirabete¹⁴, seria melhor chamar o princípio de “não culpabilidade” ou “estado de inocência”.

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: (a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida à título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; (b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a culpa; (c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da culpa (*in dubio pro reo*).¹⁵

¹² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 179.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.23.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.23.

Paulo Rangel, também entende que o nome do princípio, como normalmente se apresenta, não é apropriado:

Primeiro, não adotamos a terminologia “presunção de inocência”, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.¹⁶

No mesmo sentido é o entendimento de Edilson Bonfim, que entende que o nome mais apropriado para o princípio seria “não culpabilidade”:

Sustenta a boa doutrina que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade, presunção em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade [...].¹⁷

Apesar de divergências pontuais como a da questão da nomenclatura, pode-se extrair da doutrina que a presunção de inocência predetermina a adoção da verdade processual dotada de um bom nível de certeza prática e impõe um dever de tratamento, que é a exigência do réu ser tratado como inocente.

Outro ponto comum é que devido a esse princípio, a carga da prova é toda do acusador, pois se o réu é inocente, não há necessidade de provar nada. Ademais a dúvida deve resultar em absolvição, sendo este o princípio do *in dubio pro reo*, que possui relação direta com a presunção de inocência.

A presunção de inocência [...] representa um direito que veio atender à igualdade, ao respeito à dignidade da pessoa humana, ao cidadão e ao devido processo penal porquanto: a) a relação jurídica entre o imputado e órgãos persecutórias mais equilibrada (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder público ultrapassem o necessário; b) impede, de ordinário, que ao imputado seja dado tratamento de condenado, antes do reconhecimento definitivo de sua culpa (garantia à dignidade da pessoa); c) impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de justiça para que se processada à verificação e declaração de culpa do cidadão (garantia do devido processo legal); d) impõe uma decisão menos prejudicial ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder à mais favorável escolha jurídica, como asseveração do

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.45.

prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal.¹⁸

Portanto, o princípio da presunção de inocência é de extrema importância, pois, graças a ele, o acusado de cometer um delito é protegido para que não sofra uma punição antes de ter sido comprovada sua culpa. Isto é, ele não corre o risco de ser apenado pela prática de um delito sem que haja o devido processo legal.

É assegurada, dessa forma, em diferentes esferas do cotidiano, que o estado de inocência só pode ser afastado com decreto condenatório proferido por autoridade competente em decisão irrecurável ou transitada em julgado.

Nereu José Giacomolli¹⁹, ao comentar o art. 5º, LVII, da Constituição Brasileira, assevera que a presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal.

Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional de um modelo de processo penal²⁰.

Assim, sob o ponto de vista da presunção de inocência, a regra é a de que o indivíduo deve ter mantida a sua liberdade como regra de proteção. Para tanto, pode-se utilizar os remédios judiciais contidos na Constituição Federal e legislação ordinária, especialmente o *habeas corpus*.

Como ensina Giacomolli, a prisão somente se justifica após uma sentença condenatória com trânsito em julgado e a prisão processual não representa uma

¹⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. P. 347.

¹⁹ NEREU, José Giacomolli. *Comentário ao artigo 5º, LVII apud CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio I. (coords.) Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 442.

²⁰ Segundo Carrara, em Chiavario, Mário. “*Presunzioni d’innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara*”, em *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, p. 357, a presunção de inocência ocupa o centro do edifício que a ciência racional do processo penal é chamada a construir. ILLUMINATTI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bolonha: Zanichelli, 1984, p. 15 e VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, p. 35, também reconhecem que a presunção de inocência tem um significado, pelo menos, duplice: regra de tratamento do imputado e regra do juízo. (NEREU, José Giacomolli. *Comentário ao artigo 5º, LVII apud CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio I. (coords.) Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 443.)

antecipação dos efeitos de uma condenação, a qual somente encontra suporte nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar e vinculadas às necessidades processuais. Essa função de limitação do encarceramento cunha as prisões processuais ou antecipadas com a marca da excepcionalidade (exceções – como é o gênero “prisões” – das exceções) e da necessidade confrontando-se à presunção legal²¹ da prisão com outros princípios e garantias constitucionais e ela relacionados, inclusive o da duração razoável do processo²².

Continua o autor, mais adiante:

Nesse prisma, não tem suporte constitucional a restrição da liberdade pela espécie de imputação, em nome da defesa social ou ordem pública, bem como para instrumentalizar a fase pré-processual, o motivado acautelamento processual, nos limites da Constituição, ou seja, somente no caráter cautelar e vinculado à instrumentalidade processual é uma consequência da presunção de inocência²³.

O princípio da presunção de inocência encontra sua gênese nos pensamentos iluministas que inspiraram a Revolução Francesa. Contudo, houve um longo caminho até que seus contornos se apresentassem como hoje é conhecido.

Não é o objetivo deste trabalho fazer uma pesquisa histórica do princípio da inocência, mas este existe desde a existência das primeiras civilizações.²⁴

²¹ Cf. o art. 5º, LXI, da CF sobre a prisão em flagrante é por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Em GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal, na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47 a 58, se pode ver um amplo estudo sobre o conceito de fundamentos e os efeitos do princípio da legalidade no âmbito do processo penal. (NEREU, José Giacomoli. *Comentário ao artigo 5º, LVII apud CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio I. (coords.) Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 443.)

²² Cf. art. 5º, LXXVIII, da CF, sobre a duração razoável do processo.

²³ NEREU, José Giacomoli. *Comentário ao artigo 5º, LVII apud CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio I. (coords.) Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 443.

²⁴ Em Roma, desde sua fundação sobre o Palatino em 753 a.C., até o ano de 1453 d.C., quando Constantinopla foi tomada pelos turcos, Roma foi palco para o desenvolvimento do direito como ciência. Os descendentes de Rômulo, o primeiro Rei, criaram institutos e princípios jurídicos que ainda hoje são por nós utilizados. Mesmo depois do desaparecimento do Império Romano, seus ensinamentos continuam a influenciar nações, sendo inclusive adotado integralmente por países como Escócia e África do Sul, até bem pouco tempo. Conforme J. Cretelha Júnior, “o direito de Justiniano, estudado em toda a Europa, desde o século XII, e aceito oficialmente na Alemanha em fins do século XV, teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no Código Civil Francês de 02 de março de 1804 e no Código Civil Alemão de 1900”. (JUNIOR, Cretelha J. Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense. 13ª Ed. Revista e aumentada. 1991. p. 10.). Ao estudarmos a evolução histórica do Direito Penal Romano, verificamos uma dupla característica: a influência religiosa e o delineamento da distinção entre o que é público e o que é privado. Mário Curtis Giordani expõe que “a coletividade dos cidadãos preocupa-se em que não seja turbada a ‘pax deorum’ (paz dos deuses) e está atenta para sua

responsabilidade solidária no sentido de punir o culpado, abandonando-o à consecratio (punição sagrada), cuja fórmula era: sacer esto. O infrator ou era morto ou era posto em tal condição que qualquer um poderia licitamente matá-lo". (GIORDANI, Mario Curtis. Direito Penal Romano. Rio de Janeiro: editora Forense, 1982. p. 148). Em Roma, haviam duas modalidades de delitos: delitos privados e delitos públicos. Os primeiros poderiam desencadear um processo perante jurisdições civis ordinárias, atingiam a pessoa ou seus bens. A indenização tinha que ser pedida pela vítima, que tinha direito a uma multa paga pelo infrator. Eram as *judicia privata*. Os últimos, eram os que atingiam a cidade, o Estado, desencadeavam um processo penal, diante de tribunais especiais, as *quaestiones perpetuae*, sendo que qualquer cidadão poderia dar início ao processo ou *judicia pública*. O infrator ficava sujeito a uma pena corporal, como por exemplo, a morte ou exílio, ou ainda pecuniária, revertendo esta ao Estado e não a vítima. Embora quase todas as normas penais da Lei das XII Tábuas tenham sugerido a ideia da aplicação de uma vingança privada, executada pela própria vítima, percebe-se que com o passar dos anos houve uma crescente intervenção do Estado no sentido de punir os malfeitores, mas assegurando ao acusado um julgamento regular da conduta tida como delituosa. A jurisdição era entregue pelos cônsules. Luis Antônio Rolin explica que "eles também presidiam o senado romano e convocavam as assembleias populares. Tinham, ainda, a *Jurisdictio*, ou seja, a competência judiciária para ouvir as partes em litígio e indicar um juiz para julgar a demanda e, além disso, a *cognitio*, poder de julgamento das causas criminais. Quando uma pessoa era condenada à morte, tinha o direito ao *provocatio ad populum*, ou seja, o direito de apelação às assembleias populares (*comitia centuriata*)". (GIORDANI, Mario Curtis. Direito Penal Romano. Rio de Janeiro: editora Forense, 1982. p. 96). A *cognitio*, ou ação de conhecimento espontâneo, tinha como inspiração a *inquisitivo*. O interrogatório do acusado era o ponto central deste procedimento primitivo, porque nenhum interrogado poderia se recusar a responder ao juiz. O magistrado, detentor do *Jus Imperium*, podia receber denúncias, isto é, testemunhos antecipados colhidos em quaisquer circunstâncias e o poder de citar e examinar testemunhas não tinha limitações. Como bem assinado por Giordani, "a coerção dos magistrados foi limitada pela *provocatio ad populum* (apelação ao povo)". GIORDANI, Mario Curtis. Direito Penal Romano. Rio de Janeiro: editora Forense, 1982. p. 96). A previsão de um mecanismo de revisão da sentença proferida pelo juiz, mesmo sendo exercido por uma assembleia popular, além de esboçar um duplo grau de jurisdição, abre espaço para o surgimento da presunção de inocência. Remetendo-se ao escrito de Trajano "*satius esse impenitum relinqui jacinus nocentis, quam innocentem dannare*", a máxima de Paulo "*ei incumbit probatio qui dicit nom qui negat*" e os brocardos medievais "*affirmanti non neganti in cucumbit probatio*" e "*actore non probante réus absolvitur*", pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência teve sua origem no direito romano, através da regra do *in dubio pro reo*. (FERRAJOLI, Luigi. Três Apontamentos sobre a Presunção da Inocência. Disponível em: < http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12282/12282_4.PDF>. Acesso em: 26.06.2016. p. 576). Com o passar dos anos, referido princípio perdeu sua força, especialmente quando analisamos o período da baixa Idade Média, quando então, foram adotados novos métodos para a persecução criminal. Adotado o sistema inquisitorial nesse período, advertiu Ferrajoli que "(...) apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência, até prova em contrário foi ofuscado se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve". (FERRAJOLI, Luigi. Três Apontamentos sobre a Presunção da Inocência. Disponível em: < http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12282/12282_4.PDF>. Acesso em: 26.06.2016. p. 576). Na Idade Média, em que o indivíduo podia sofrer uma pena baseada em boatos, sofrer reprimenda pelo simples fato de possuir má fama ou por vadiagem, por óbvio, não encontramos mais vestígios da presunção de inocência, como em Roma. O direito penal passa agora a ser utilizado como instrumento de perseguição sem qualquer garantia frente ao Estado e ao indivíduo, sendo aplicadas penas cruéis. Cesare Beccaria relata os abusos praticados em séculos passados afirmando que "é esse código informe, que não passa de produção monstruosa dos séculos mais bárbaros, que eu quero examinar nesta obra. Limitar-me-ei, porém, ao sistema criminal, cujos abusos ousarei assinalar aos que estão encarregados de proteger a felicidade pública (...). De resto, examinando os abusos de que vamos falar, verificar-se-á que os mesmos constituem a sátira e a vergonha dos séculos e dos legisladores". (BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Edição eletrônica. Editora Ridendo Catigat Moraes. Disponível em: <http://www.4shared.com/getizxatggmr/dos_delitos_e_das_penas_Cesa.html> Acesso em: 30.06.2016). É também na Idade Média que o sistema inquisitivo triunfa. A terminologia tem origem na palavra inquisição, nomes dados a maneira como os tribunais eclesiásticos funcionavam. Com o

objetivo de investigar e punir os hereges, tal sistema tinha características próprias. Segundo Heráclito Antônio Mossin, nesta modalidade, *“a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é funcionário do Rei ou da autoridade subordinada ao poder governamental; b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado. c) a acusação, que sempre é ex officio, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; e) o julgamento é feito com base na prova tarifada; f) a regra era a prisão preventiva do réu; g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo”*. (MOSSIN, Heráclito Antônio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 1997. p. 18). Do século XII ao final do século XVIII, o que se viu na Europa foi a aplicação de um processo penal inquisitorial, que se desenvolve desde o final do Império Romano, agora com as cores da Igreja. Com base romano-canônico, a supremacia do poder estatal se sobreponha ao direito de liberdade individual do cidadão. Como se disse, o Estado concentrava na pessoa do juiz o poder de instruir, acusar e julgar o processo. Nesse período da história da humanidade, o poder estatal era perverso e autoritário, não possuindo o homem e a mulher qualquer garantia frente aos seus excessos. Aceitava-se naquela época, até mesmo a prisão para tortura, a qual era utilizada para obtenção da *“confissão, para revelar nomes de cúmplices, ou, ainda, para evidenciar eventual contradição”*. (BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2007. p. 31). O processo penal era escrito, secreto e sem contraditório. O acusado era, desde o início, tratado pelo Estado-Juiz, como se culpado fosse. Havia uma presunção de culpabilidade, ou seja, uma vez imputada a prática de uma conduta tida como criminosa, formalizada a acusação, mesmo antes de as provas serem apresentadas, o cidadão era considerado culpado. Não se buscava um processo justo. Dispensava-se o que hoje se chama de justa causa (materialidade e indícios da autoria) para que se permitisse presumir a culpa do indivíduo que, ainda que levemente, fosse apontado como responsável pela infração criminal. Já consignamos que a tortura era considerada método lícito para a obtenção da prova e vale destacar que a sentença proferida nunca transitava em julgado. A pena podia ser revista a qualquer tempo, podendo haver reforma *pro societa*. (BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2007. p. 32 e 33). Então, verificadas as características deste sistema, é fácil concluir que não há espaço para a presunção de inocência, ao contrário, não há como presumir que alguém deve ser considerado inocente até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, se ela nunca faz coisa julgada, sendo a prisão preventiva a regra. Na visão de Michael Foucault, *“as diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros: não lhes cabia serem reunidos num feixe único para darem certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado, o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco criminoso”*. (FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 2002. Trad. Raquel Ramallete. p. 37). No período do Absolutismo ao Renascimento, por outro viés, Ricardo Alves Bento acredita que a raiz histórica da presunção da inocência pode ter sido fincada no século XII, com a edição da Carta Magna de 1215, uma vez que *“dentre as principais disposições da Magna Carta, numa progressiva afirmação dos direitos humanos e da instituição do regime democrático de direito, o artigo 39, considerando um dos principais pontos, pois além de desvincular da pessoa do rei tanto da lei quanto da jurisdição, reconheceu que os homens livres devem ser julgados pelos seus pares de acordo com a lei da terra, como ditame originário da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa (...)”*. (BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2007. p. 27). Na mesma direção sinaliza Fábio Konder Comparato, quando reafirma a importância da Magna Carta, bem como das Declarações de Leão de 1188, quando ocorre a insurgência em relação aos abusos nas prisões, já que *“no embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor liberdade”*. (COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva. 6 ed. revista e atualizada., 2008. p. 46). Com a ascensão da burguesia e o advento do movimento iluminista, idéias liberais tomaram corpo, influenciando e transformando o processo penal. Foi com Cesare Bonesana, o “Marquês de Beccaria”, que em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas” que surgiram as bases do que se entende hoje por princípio da presunção de inocência, para o qual a prisão processual deveria ser imposta em casos excepcionais, situações de extrema necessidade. Dizia o autor que *“um homem não pode ser tratado como culpado antes que a sentença do juiz o declare, e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada.”* (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di. Dos Delitos e

das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2014. Trad. Torrieri Guimarães. Coleção: a obra prima de cada autor. p. 34). A criação desse princípio da inocência, surge para garantir ao réu o direito de defesa. Evita que seja tratado pelo Estado-Juiz, desde o início do processo como se culpado fosse, rompendo com o sistema inquisitório próprio do processo penal de então. Por certo, a obra de Beccaria acabou influenciando os pensadores iluministas, que não aprovavam a prática da tortura e que buscavam não só uma reforma do Estado, mas também do processo penal. Já durante a Revolução Francesa, Renato Barão Varalda esclarece que *“o princípio da presunção de inocência surge para assegurar ao acusado as garantias da ampla defesa, combatendo o princípio da culpabilidade defendido pela inquisição. Nessa lógica, o pensador Voltaire, influenciado por Beccaria, pregava que a prisão preventiva, tal como a tortura, não poderia ser vista como pena antecipada, caso contrário, tratar-se-ia o suspeito como culpado. Os ideais da Revolução Francesa trouxeram, assim, a abolição da tortura como forma de obtenção da confissão e pregaram, diante da alteração de concepção de Estado, a necessidade de uma reforma no processo penal”*. (VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 18). A Revolução Francesa ocorre. O princípio da presunção da inocência acaba sendo, pela primeira vez positivado, e isso ocorre no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *“todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”*. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01.07.2016). O mesmo Varalda destaca que *“vale lembrar que o sistema inquisitório dos séculos XVII e XVIII (Estado Absolutista – suspeito como objeto do processo) remonta ao processo penal extraordinário do Baixo Império Romano, prosseguindo-se nas disposições de Inocência III (heresia, blasfêmia e adultério – 1229) e culminando com o Santo Ofício. Em reação, em especial às arbitrariedades da inquisição, proclama-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), passando-se de um Estado de Direito formal para o Estado de Direito Material (Estado Liberal), democrático e social, em que se humaniza o processo penal (suspeito como sujeito do processo)”*. (VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 19). Como se percebe, o grande momento de afirmação da presunção de inocência, foi com certeza, a Revolução Francesa. Através das ideias iluministas foi construída a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que marcou o início de um novo regime político. Fábio Konder Comparato escreve que *“ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, nesse sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de Carta Geográfica Fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”*. (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva, 2008. Revista atualizada. p. 151). É necessário consignar as lições de Leonir Batisti, para quem *“a notoriedade do art. 9º não impede que se reconheça que o art. 7º é que concentrou a regra da proibição da prisão ilegal”*. (BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba. Juruá, 2009. p. 31). O que o autor quer dizer, é que se a positivação do instituto está prevista no art. 9º, o fato de o art. 7º indicar a necessidade da estrita observância do princípio da legalidade por ocasião da prisão, já repudia a colocação em cárcere de forma arbitrária, como ocorria anteriormente: *“art. 7º - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado da resistência”*. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 28.06.2016). O princípio da presunção da inocência, regra tradicional no sistema *Common Law* é um dos principais postulados que inspiravam a reforma do sistema repressivo realizada pela revolução liberal do século XVIII. O preceito declarado pela Assembleia Nacional Francesa se apresenta como *“direito natural, inalienável e sagrado do homem”*. Como consequência, o acusado não tem o ônus de no processo, fornecer as provas de sua inocência, já que ela é presumida. Também impede a adoção de medidas que retirem a liberdade

peçoal do réu antes do reconhecimento de sua culpabilidade. A exceção passa a ser a absoluta necessidade. Essas duas interpretações do art. 9º, são na verdade uma reação ao período anterior das Ordálias, fundado na lei e no uso indiscriminado de medidas odiosas contra a pessoa do acusado, cuja expressão maior era a tortura. No período anterior, como dissemos, era natural impor ao réu, durante o processo, ou mesmo após se verificar a insuficiência de provas, a sua prisão. Segundo anota Pisani, citado na obra de Antônio Magalhães Gomes Filho, “(...) além de atribuírem ao acusado a prova de inocência, os ordenamentos continentais adotavam dois tipos de resposta para as hipóteses em que não fosse possível chegar-se à certeza sobre culpabilidade: a ‘pena extraordinária’, também denominada ‘pena do suspeito’, e a absolvição da instância. No primeiro caso, impunha-se ao réu uma pena mais leve quando o esquema rígido do sistema das provas legais não autorizava a condenação; com a segunda medida, não se colocava fim ao processo, deixando-o suspenso enquanto o acusado não fornecesse provas definitivas de sua inocência ou fossem descobertas novas provas de culpabilidade, sendo certo que durante o prazo de suspensão a prisão preventiva ou a severíssima vigilância”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10). Assim, havia um poder de prisão extraprocessual exercido pelo soberano arbitrariamente. Também contribuiu para o triunfo das ideias iluministas o fato de que apesar do rigor do sistema adotado pelo Estado, a repressão não foi capaz de reduzir a crescente criminalidade decorrente do desenvolvimento da produção, agora em plena Revolução Industrial que trouxe consigo um extraordinário processo de urbanização nas grandes cidades. Era necessário uma reforma da justiça criminal, a fim de fazer da punição uma função regular; “*não punir menos, mas punir melhor*”. (FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 6ª ed. Petrópolis. Vozes, 1988. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. p. 76). Para este fim, as ideias iluministas, com sua preocupação humanista, chegaram à conclusão de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada “*é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente*”. (NOVELLI, Massimo. Il Princípio del Libero Convencimento del Giudice. Milano. Giuffrè, 1974. p. 11). A presunção de inocência, portanto, assumia importante valor para essa necessária reforma penal e processual penal que buscava fixar suas balizas na estrita legalidade das punições e a troca do procedimento inquisitório e secreto, por um processo acusatório, público, oral e construído para garantir a igualdade entre a acusação e a defesa. A partir do século XIX, passado o calor da revolução, apesar dos ideais iluministas que humanizaram o direito criminal e processual penal, gradativamente as conquistas liberais foram sendo esquecidas em virtude das exigências da punição mais severa dos delitos. O código penal francês de 1808 ampliou consideravelmente os poderes do juiz de instrução, autorizando-lhe a expedição de um mandado de prisão sempre que julgasse útil. (ROBERT, Jacques. Les Violations de la liberté individuelle commises par l’administration; Le probleme des responsabilites. Paris. LGDJ, 1956. p. 101). Entretanto, apesar da escassa repercussão do princípio no plano da legislação positiva, a presunção de inocência constituiu dogma fundamental na elaboração doutrinária do direito repressivo, realizada no século XIX, a partir dos mestres integrantes da denominada Escola Clássica. (FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. São Paulo. Saraiva, 1931. Trad. Luiz de Lemos. p. 36). Desde a obra de Carmignani, o tema mereceu especial atenção dos clássicos, sendo destacado o valor da regra: “*como mais frequente acontece que os homens se abstenham de delinquir, a lei consagra a todos os cidadãos a presunção de inocência*”. (CARMIGNANI, Giovanni. Elementi di Diritto Ciminale. Milano. Brigola, 1882. 2ª ed. p. 182). Para Carrara, a inocência do acusado é pressuposto da ciência penal, na parte em que contempla o procedimento, e a ela são referidas praticamente todas as garantias do que hoje chamaríamos “*justo processo*”: “*juiz natural, amplitude de defesa, observância das condições de legalidade nas confissões, imparcialidade na apreciação da prova e, sobretudo, temperamento na custódia preventiva*”. (CARRARA, Francesco. Il Diritto Penale e la Procedura Penale. Opuscoli di diritto criminale. Firenze. Fratelli Cammelli, 1903. 4ª ed. v. 5. p. 20). A posição dessa Escola Clássica foi fortemente criticada por Raffaele Garofalo, que considerava seus fundamentos abstratos, bem como seus princípios não demonstrados. Deveria o réu ser considerado imputado e a presunção mais razoável era a de sua culpabilidade, pois chegava aos Tribunais já condenado pela opinião pública. Enrico Ferri, embora tivesse admitido a base positiva da presunção de inocência, tendo em vista que os delinquentes representam absoluta minoria em relação aos demais cidadãos, pregava o direito da sociedade de não absolver um acusado, até que sua inocência estivesse demonstrada através de uma rigorosa valoração das provas. Chegou a sugerir que a presunção de inocência fosse afastada nos casos de crime flagrante ou confissão, ou ainda, em relação aos reincidentes, criminosos profissionais, natos e loucos. (GOMES FILHO, Antônio, M. p. 14). O ataque mais contundente aos pensamentos da Escola Clássica, partiu de Vincenzo Manzini, referência da Escola técnico-jurídica. Para esse jurista seria incompatível a presunção de inocência com qualquer tipo de procedimento criminal, sobretudo àqueles

que afetam diretamente o direito de liberdade do indivíduo. Para a instauração de um processo e ou aplicação de qualquer medida segregatória, são necessários indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime. Então, a presunção deveria ser de culpabilidade do imputado, e não de sua inocência. Nesse mesmo sentido, Luigi Lucchini asseverou que o princípio *“in dubio pro reo”* não deveria estar militando em favor dos malfeitores, mas sim em favor dos homens de bem. (ANTUNES, Flávio Augusto. Presunção de Inocência e o Direito Penal do Inimigo. Porto Alegre. Nuria Fabris, 2013). As correntes doutrinárias, contrárias ao reconhecimento da presunção de inocência, aos poucos foram perdendo fôlego, até mesmo entre os doutrinadores italianos. No início do século XX, mais precisamente a partir da década de vinte, quando emerge o fascismo é que o princípio da presunção de inocência é sepultado. A prisão preventiva volta a ser usada de forma tenebrosa, sendo inclusive obrigatória caso o réu já tivesse condenação anterior, fosse vadio ou mendigo. Volta a vigorar a presunção de culpabilidade do imputado. Luigi Ferrajoli aponta que *“a crise do princípio, que como foi visto chega a sua negação, é uma explícita consequência da ideologia fascista da funcionalização do indivíduo em relação ao Estado: cf., por exemplo, V. Manzini, op. Cit. p. 183: “O Estado Fascista, diferentemente do Estado democrático-liberal, não considera a liberdade individual um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada no interesse da coletividade”; e quase com as mesmas palavras D. Pafundi, mandato di accompagnamento, di arresto, di cattura e di comparazione, Nuevo digesto italiano, cit. VIII, 1939, p. 97: A tutela da liberdade individual, segundo a concepção fascista e contraposta à do Estado democrático-liberal, não é um direito preeminente do indivíduo, mas uma concessão que o Estado faz ao indivíduo em relação e em subordinação ao interesse social. São teses que ecoam do Discurso do ministro Alfredo Rocco, pronunciado em Perugia em 30.08.1925 e lembrado tanto por Manzini como por Pafundi: ‘A fórmula das doutrinas democráticas, liberais e socialistas: a sociedade pelo indivíduo, o fascismo substitui por outra: o indivíduo pela sociedade. Mas com a diferença de que, enquanto aquelas doutrinas anulavam a sociedade no indivíduo, o fascismo não anula o indivíduo na sociedade. Subordina-o... a liberdade, portanto, dá-se ao indivíduo e aos grupos no interesse social. Como todos os direitos individuais, também a liberdade é uma concessão do Estado”.* (FERRAJOLI, Luigi. p. 582). O totalitarismo do regime fascista de Mussolini influenciou o código italiano de 1931 que, desprezando completamente a presunção de inocência também mitigou o direito de defesa do réu, pois tornou a primeira fase do processo, de investigação, em uma fase absolutamente secreta, tanto para o acusado como para seu defensor. O acusado não tomava ciência das provas que eram produzidas contra si, sendo que, ainda, a defesa só podia se manifestar quando o tribunal assim considerasse suficiente, limitando suas intervenções e por conseguinte cerceando o direito de defesa. (CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 51). Na Alemanha, durante o regime nazista, o princípio da inocência não era reconhecido. A liberdade do indivíduo dependia da vontade política do governo e o princípio da legalidade foi fragilizado, pois, tudo o que transgredisse o sentimento do povo alemão, representado pelo Führer, era considerado crime. Com o fim do grande conflito armado, houve uma grande reflexão mundial, em especial na Europa sobre as atrocidades e abusos aos direitos humanos praticados pelos Estados durante a segunda guerra mundial, não só contra os cidadãos opositores ao regime, como também em relação aos inimigos, minorias raciais e culturais. A grande questão era encontrar mecanismos que impedissem que o desrespeito pelo Estado ao direito à vida, integridade física e dignidade humana nunca mais se repetissem. Daí, surgem os organismos internacionais como a ONU – Organização das Nações Unidas que em 1948 proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Para tanto, as antigas idéias dos iluministas que haviam sido incorporadas pela Escola Clássica do Direito Penal, quanto a presunção de inocência, voltam a se afirmar, agora sob o manto da dignidade da pessoa humana. Assim, buscando proteger um maior número possível de direitos e garantias individuais, fornecendo mecanismos de defesa contra o poder do Estado é que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou naquele ano de 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos. Agora, reconhecendo expressamente em seu artigo XI.1, a igualdade entre os indivíduos e o valor da dignidade da pessoa humana: *“toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”*. (Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 04.07.2016). Mônica Ovinski de Camargo comenta que *“o maior mérito da DUDH – Declaração Universal de Direitos do Homem – foi reunir a maior parte dos representantes das nações mundiais para que juntos reconhecessem que o ser humano possuía direitos e garantias. Esse foi apenas mais um passo dado*

dentro do processo secular de positivação e realização dos direitos do homem. Talvez tenha sido o passo mais importante que tais direitos galgaram até os dias atuais, mas, indubitavelmente, não foi o primeiro e nem o último dos quais ainda precisam ser conquistados”. CAMARGO, Mônica Ovinski de. Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre Punir e Libertar. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, 2005. p. 55). A Convenção para o Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, também conhecida como Convenção Européia dos Direitos do Homem, prevê em seu artigo 6º que *qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*. (Convenção Européia dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 01.07.2016). Ainda, no mesmo sentido é o que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que em seu artigo 8º-2 (primeira parte) prevê de forma similar que *“toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”*. (Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/pactosajose.pdf>> Acesso em: 01.07.2016). O Tratado de Roma, que em 1998 criou o Tribunal Penal Internacional, tratou do tema da presunção de inocência de forma mais abrangente, consignando em seu artigo 66 – Presunção de Inocência *“1. toda a pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o tribunal, de acordo com o direito aplicável; 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado; 3. Para proferir sentença condenatória, o tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”*. Tratado de Roma de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 01.07.2016). No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, prevê em seu artigo 48º, 1, que *“todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”*. (Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 01.07.2016). O valor jurídico dessa carta é questionado e não há vinculação. Mas reconhece-se o seu valor político, já que nela foram reunidos num único texto os direitos civis e políticos tradicionais, bem como os direitos econômicos e sociais, cujos objetivos primordiais foram explicados em seu preâmbulo: *“é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio da Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”*. (Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 01.07.2016). Como se viu, há uma longa história a ser contada sobre a evolução da presunção da inocência. Essa historicidade, caráter marcante dos direitos fundamentais, se consolida ao longo dos séculos. Para o professor Manoel Jorge, esse caráter *“está representado pela circunstância de que sua consolidação se dá por meio do passar do tempo, do percurso histórico”*. (SILVA NETO, Manoel Jorge. Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. 2006. 2ª ed. p. 518). Como veremos nos capítulos seguintes, a presunção de inocência é um direito fundamental positivado em nosso ordenamento jurídico e também em normas de outros países. É reconhecida hoje como um direito universal do indivíduo, decorrente da dignidade humana que possui um “mínimo ético irreduzível”²⁴, de modo que, qualquer afronta à essa dimensão mínima importa em violação dos direitos humanos que lhe são garantidas. A concepção por nós adotada, que parece ser majoritária, entende que os direitos humanos são universais. Segundo Norberto Bobbio, *“esses direitos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos e alcançam a plenitude como direitos positivos universais”*. (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro. Campus, 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho. p. 30). Contudo, existem críticas feitas por parte da doutrina, os adeptos da teoria do relativismo cultural, para quem o universalismo dos direitos humanos é uma versão imperialista, na tentativa de impor determinada cultura (ocidental) como geral. (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro. Campus, 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho. p. 30). Também não fechamos os olhos para a posição de Boaventura de Souza Santos sobre o tema dos direitos humanos, para quem *“os direitos humanos devem ser construídos por meio de uma concepção multicultural, através de diálogo entre diversas culturas”*. (SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. Revista Lua Nova, v. 39, p. 112). Por tudo o que foi dito até aqui, podemos afirmar que a presunção de inocência fortaleceu-se com o passar dos anos, sendo inserida no direito internacional como garantia indissociável da condição humana. A evolução do princípio em estudo, se evidencia com a sua inserção em constituições de diversos países, como direito fundamental que garante ao cidadão o direito de não mais ser previamente considerado culpado, a não ser quando a lei assim dispuser, como exceção.

Em virtude de seu conteúdo e importância, a maioria das Constituições falam sobre o princípio da presunção de inocência²⁵.

²⁵ A Constituição da República Portuguesa de 1976 prescreve em seu art. 32, nº 2, que *“todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias da defesa”*. O constituinte português prevê expressamente o trânsito em julgado da sentença condenatória como sendo o fato que afasta o princípio da presunção de inocência, ou seja, o trânsito em julgado é a referência temporal da eficácia da presunção de inocência, que só é excepcionada por regra processual cautelar, como a prevista no art. 191 do Código Penal Português dispondo que *“a liberdade da pessoa só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei”*. Na Itália, a presunção de inocência é prevista constitucionalmente no art. 27: *“l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”* (o acusado não é considerado culpado até condenação definitiva). Aqui não se faz referência expressa à presunção de inocência, mas sim à expressão *“condenação definitiva”*. Na França, resplandece a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 9º estabelece que *“tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.”* (Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei). Naquele país, a presunção de inocência também está inserida em seu texto constitucional de 1958 e em seu preâmbulo. Observa-se que não há expressamente a exigência do trânsito em julgado para se reconhecer a culpa no referido artigo 9º, esta necessidade está referenciada em alguns dispositivos, como no Código de Processo Penal Francês de 1958, que em seu artigo 471 veda a execução antecipada da pena: *“Nonobstant appel, le prévenu détenu qui n'a pas été condamné à une peine d'emprisonnement sans sursis est mis en liberté immédiatement après le jugement”*. (B. Dos direitos de toda pessoa em causa: I. Se presume sua inocência enquanto não haver declarada sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa). Nota-se nesse artigo a preocupação do legislador em fazer da prisão preventiva uma medida excepcional, e no sentido geral, no que se refere ao princípio da prisão preventiva, na França, até que haja o trânsito em julgado de sentença condenatória, o acusado é presumido inocente, o que faz com que o entendimento de despeito do tema no Brasil e na França sejam semelhantes. A Constituição da Espanha de 1978 prevê em seu art. 24.2 que *“2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”* (Além disso, todos têm direito a um juiz ordinário pré-determinado por lei, para a defesa e da assistência de um advogado, para ser informado das acusações contra eles, a um julgamento público, sem demora e com todas as garantias, para usar os meios de comunicação teste relevante para a defesa, para não testemunhar contra si próprios, não para confessar culpados e à presunção de inocência). A Espanha adota o Princípio da Presunção de Inocência de maneira expressa. Diferentemente da Constituição Brasileira, na Constituição Espanhola não há a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória: *“la presunción de inocencia opera en todos los procesos, considerándose inocente al procesado mientras no exista medio de prueba convincente que demuestre lo contrario. Luego de practicadas las pruebas, el indubio pro reo actúa como elemento de valoración probatoria, puesto que en los casos donde surja duda razonable, debe absolverse. A través de la carga de la prueba se quiere resolver las dificultades probatorias. Uno de los extremos que deben cumplirse, para no violar la presunción de inocencia, consiste en que la verdad iuris tantum sólo puede desvirtuarse por una prueba de cargo, aportada por la parte acusadora. Dicha prueba debe ser suficiente para excluir la presunción de que goza el inculpado durante todo el proceso penal; de manera que, concatenada con otros indicios, determine la culpabilidad del sujeto”*. (Suñez Tejera, Y.: *“La presunción de inocencia y la carga de la prueba”*, em Contribuciones a las Ciencias Sociales, Junio 2012, www.eumed.net/rev/cccss/20/). Em síntese, o Direito Espanhol vê a superação da Presunção de Inocência, no momento da produção das provas em contrário, não havendo sujeição, vale ressaltar, ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para Luigi Lucchini a presunção de inocência é *“colorario lógico del fin racional asignado al proceso”* e a *“primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en*

contrario". (Lucchini, Luigi. 1995. *Elemento di procedura penale*, Florencia, Ed. Barbera, p. 15). Isso não significa que durante a instrução processual o acusado estará sujeito a medidas coercitivas atentatórias ao seu estado de inocência, já que a culpa só se estabelece após o julgamento. Porém, uma vez presente a sentença, mesmo que sem trânsito em julgado, não há mais presunção de inocência, e o acusado, agora condenado, está sujeito à execução da pena mesmo que exista um recurso. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 estabelece em seu artigo 20, B, I o princípio da presunção de inocência como sendo "*B. De los derechos de toda persona imputada: "I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa."* Esta disposição está entre os direitos fundamentais e cria para as pessoas um verdadeiro direito subjetivo a ser considerado inocente de qualquer crime atribuído enquanto não haja sentença emitida pelo juiz, ou seja, enquanto não haja provas suficientes para afastar esta presunção. Porém, como pode se notar no texto constitucional, assim como na Espanha, no México não há a necessidade do trânsito em julgado de sentença condenatória definitiva. Significa dizer que uma sentença condenatória definitiva, proferida por um juiz de tribunal competente, ainda que sujeita a recurso, é elemento suficiente para se reconhecer a culpa do acusado. Assim, na constituição mexicana, o princípio da presunção de inocência está implícito, decorrente mesmo do sistema de proteção à pessoa humana previsto no texto constitucional. É esta a conclusão que extrairá do seu art. 14, o qual prevê que "*ninguma lei se dará efeito retroativo em prejuízo de pessoa alguma. Ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade, ou de suas propriedades, posses ou direitos, senão mediante juízo seguido ante dos tribunais previamente estabelecidos, e que se cumpram as formalidades essenciais de procedimento e conforme as leis expedidas com anterioridade ao feito*". (BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latim, 2007, p.71). A Constituição iraniana prevê em seu artigo 37 a máxima da presunção de inocência: "*por princípio, toda a pessoa é inocente e ninguém pode ser considerado culpado, a não ser que o tribunal competente prove que é culpado*". (Constituição Iraniana. Disponível em: <<http://brasilia.mfa.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid=424&pageid=28469>>. Acesso em: 30.06.2016). Assim como em outras constituições visualizadas nesse capítulo, a iraniana também não exige o trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário apenas que a culpa seja estabelecida por um tribunal competente. Isso significa que mesmo que ainda exista possibilidade de recurso, o simples fato do tribunal competente estabelecer a culpa, basta para afastar o princípio da presunção de inocência. Na Colômbia, a presunção de inocência é tratada no artigo 29 da Carta Constitucional de 1991, relacionando-a ao devido processo legal e ao direito de defesa, estabelecendo que "*o devido processo se aplicará a toda a classe de atuações judiciais e administrativas. Ninguém pode ser julgado senão conforme as leis preexistentes ato que se imputa, antes o juiz ou tribunal competente e com observância da plenitude de formas próprias de cada juízo. Em matéria penal, a lei permissiva ou favorável, ainda que posterior, se aplicará de preferência a restrita ou desfavorável. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se haja declarado judicialmente culpado. Quem for investigado tem o direito à defesa e assistência de um advogado por ele, de ofício, durante a investigação e o julgamento; a um devido processo público sem dilações injustificadas; a apresentar provas e contradizer as que se alegam em seu prejuízo; a impugnar a sentença condenatória, e a não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. É nula, de pleno direito, a prova obtida com a violação do devido processo*". Na Argentina, o princípio da presunção de inocência também não é tratado de forma indireta. É posto como corolário do direito de defesa e do devido processo legal nos seus artigos 18 e 19 e, ao que parece, reservado aos residentes em solo argentino, senão vejamos: "*nenhum habitante da Nação pode ser apenado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, nem julgado por comissões especiais, ou tirado dos juízes designados por lei antes do fato da causa. Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo, nem mesmo preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos*". A Constituição de Weimar de 1919, atualizada em 1949, indica que na Alemanha a presunção de inocência não é tratada especificamente na Carta Magna, mas reconhece indiretamente este princípio quando admite claramente em seu Capítulo I, que se refere aos direitos básicos, que a "*(1) dignidade humana é inviolável. Para lhes respeitar e proteger é o dever de toda autoridade estatal. (2) o povo alemão reconhece admitindo a sua inviolabilidade e inalienabilidade enquanto direitos humanos como base de cada comunidade humana, de paz e de justiça no mundo*". (BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latim, 2007, p. 78/81). Na Carta Constitucional Norte-Americana, o princípio da presunção de inocência também não é expresso. Nasce da exegese que se dá à 5ª e 6ª emenda, ambas de 1971, no sentido do que "*ninguma pessoa (...) será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, da liberdade ou propriedade sem processo legal regular*" e de que "*em todos os processos*

Como vimos, a presunção de inocência é um direito fundamental positivado em nosso ordenamento jurídico. Está previsto também em Constituições de outros países, justamente por ser reconhecida hoje como um direito universal do indivíduo, decorrente da dignidade humana que possui um “*mínimo ético irreduzível*”²⁶, de modo que qualquer afronta a essa dimensão mínima importa em violação dos direitos humanos que lhe são garantidos.

Como vemos, é princípio de direito fundamental dos mais importantes, sempre esteve presente na história do direito constitucional, tanto em documentos, tratados e convenções internacionais, como em constituições de outros países.

1.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil, o conceito e aplicação do princípio da presunção de inocência veio sendo construído durante os anos, até que, em 1988, foi positivado em nossa Carta Política.

Em relação à adoção do referido princípio no direito brasileiro, existem vários entendimentos. Há uma parcela da doutrina representada por Antônio Magalhães Gomes Filho²⁷ que defende que, apesar de as constituições anteriores à de 1988 não terem feito referência ao princípio da presunção de inocência, este se fez presente com a adesão do nosso país à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, uma vez que o rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal não era taxativo. Para outros autores, como Igor Nery Figueiredo²⁸, o princípio não existia antes da Constituição de 1988, tendo em vista que a prisão processual era a regra até então. No mesmo sentido, Tourinho Filho²⁹ alega que, não obstante o princípio devesse integrar o nosso ordenamento jurídico a partir da adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, este não era totalmente respeitado, pois

criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público”. (BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latim, 2007, p. 85/86).

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, 1. Ed., p. 209.

²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30/31.

²⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 51.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. Ed. 1. Vol. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69-70.

havia prisão preventiva compulsória até 1967 e não se permitia ao réu apelar em liberdade. Desta forma, construiu-se a ideia de que o princípio deveria ser inserido em algum texto legislativo, para que, então, sua aplicação fosse obrigatória.

É certo que foi a partir da Constituição de 1988 que a presunção de inocência passou a ser respeitada no Brasil, figurando de modo explícito no patamar de direito fundamental e cláusula pétrea de nossa Carta Magna.

Entretanto, conforme será explanado mais adiante, percebemos que o mencionado princípio não foi completamente desprezado antes da Carta de 1988.

Em relação ao caráter de cláusula pétrea do princípio da presunção de inocência, o jurista Paulo Ricardo Schier³⁰ explana acerca da relação destas cláusulas com a democracia, em um ponto de vista interessante.

Schier cita que para Robert Alexy a existência de proteção aos direitos fundamentais é uma existência, ao mesmo tempo, democrática e antidemocrática.

É democrática pois assegura o desenvolvimento da democracia e de suas condições de deliberação. No entanto, é antidemocrática porque desconfia do processo democrático ao retirar a possibilidade de algumas decisões ou ações do plano deliberativo das maiorias.

Afirma que este conflito é ainda mais problemático nos sistemas constitucionais que admitem a existência de cláusulas pétreas, onde estão presentes os direitos fundamentais.

Isto ocorre, em sua opinião, pelo fato de que a existência de uma constituição escrita e rígida constitui mecanismo de tutela de direitos fundamentais. E a simples existência de um mecanismo mais complexo de alteração ou supressão do texto formal é capaz de retirar do campo decisório de maiorias simplificadas, a afetação ordinária dos direitos fundamentais.³¹

Desta forma, afasta-se do âmbito deliberativo de qualquer maioria a disposição destes direitos, criando um núcleo identitário ou essencial na Constituição.

Assim, segundo o autor, a relação entre direitos fundamentais e democracia determina um paradoxo:

³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. Disponível em: revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/234/228. Acesso em 12.03.2017.

³¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. Disponível em: revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/234/228. Acesso em 12.02.2017.

Quanto mais se busca proteger os direitos fundamentais, pressupostos da democracia, através de mecanismos rígidos de tutela, mais se autorizam a limitação e a constrição da manifestação do princípio majoritário. Embora a questão não seja nova, parece que o problema central não pode ser colocado em termos de “qual pólo deve ser o vencedor?”. A questão central parece residir, antes, na localização de um ponto de equilíbrio. E a resposta, neste sítio, não pode ser universal. A receita há de variar de acordo com cada experiência histórica, cada momento, contexto e espaços geográfico e político.³²

Conforme Camargo³³, apesar das poucas mudanças com relação às disposições acerca do direito à liberdade do indivíduo e do clima não muito favorável à pluralidade e tolerância, o Brasil acabou assinando em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Segundo a mesma autora, no período houve muitas dúvidas quanto ao valor da Declaração no ordenamento interno dos países signatários, pois não havia previsão de instrumentos para coagir os Estados a respeitar o seu conteúdo, não possuindo a Assembleia da ONU competência legislativa internacional. Assim, por ser um órgão que apenas estabelecia metas e parâmetros a serem alcançados pelos Estados, criou-se obrigação meramente moral no que tange à presunção de inocência³⁴.

Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos cumpriu o importante papel de estimular a elaboração de diversos outros tratados internacionais que tinham, por sua vez, força e vinculação jurídica, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁵.

Segundo Camargo³⁶, a primeira interpretação sobre a presunção de inocência no Brasil, depois da adesão brasileira à DHU, em 1948, foi muito ligada com o preceito *in dubio pro reo*. Para ilustrar a afirmação, a autora cita o julgado de um caso, ocorrido em 18 de agosto de 1959, em que um policial era acusado de descaminho, tendo

³² SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. Disponível em: revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/234/228. Acesso em 12.02.2017.

³³ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 127-131.

³⁴ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 127-131.

³⁵ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 132.

³⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 145.

alegado que havia apreendido a mercadoria com outra pessoa que fugiu do flagrante. No julgado, o Ministro Raimundo Macedo acabou decidindo pela absolvição do réu, cuja ementa é a seguinte: “*Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo favor milita a presunção de inocência*”.

Assim, a autora conclui que, apesar de haver menção expressa ao princípio da presunção de inocência, este estava apenas substituindo o *in dubio pro reo*, sendo considerados sinônimos naquela decisão³⁷.

Outro caso interessante citado por Camargo foi o voto do Ministro Evandro Lins e Silva, que tratava da ausência de tipicidade da conduta imputada ao acusado³⁸:

Suspeito, sim, vez que dos autos não exsurge a prova plena, certa e determinada, indubitosa, a permitir a sua condenação. É possível – e muito – que o apelante tenha cometido o crime que se lhe imputava. [...] Estou em dúvida, E, ela atormenta o espírito mais que o mal na afirmativa de SÊNECA. Neste estado, só passo pender para o réu. Daí opinar pelo provimento, reformando-se a sentença, para lhe dar absolvição³⁹.

Os Tribunais invocavam a presunção de inocência para dizer que ninguém poderia ser condenado sem a apresentação de provas concludentes. Assim, primeiramente, a presunção de inocência foi considerada como regra probatória ou de Juízo, aproximando-se da interpretação derivada da DHDH de 1948⁴⁰.

O período anterior à elaboração da Constituição de 1988 foi marcado por diversas crises econômicas e financeiras de escala mundial que atingiram o país, como a crise do petróleo de 1973 e financeira de 1982. Houve também o forte movimento político pela aprovação das eleições diretas para presidente, conhecido como *Diretas Já*, em 1984, que acabou definindo as condições para a mudança do modelo político⁴¹.

As transformações no cenário político para a transição democrática influenciaram as decisões do Poder Judiciário, notadamente dos Tribunais Superiores.

³⁷ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p.148

³⁸ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 153.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação nº 1573. Relator Ministro Evandro Lins e Silva. 10 ago. 1966. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 225, p. 246-248, 1969.

⁴⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 152.

⁴¹ BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 97.

Desse modo, Camargo afirma que o reaparecimento da presunção de inocência nos acórdãos criminais se deu por meio da obra de três magistrados, que anteciparam a previsão do conceito na Constituição e formaram nova jurisprudência acerca do tema.

Um dos acórdãos analisados pela autora foi lavrado pelo Ministro Costa Leite, e que, embora tenha deferido neste caso a prisão preventiva, deu novo significado à presunção de inocência:

PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES. I - qualquer prisão que anteceda decisão condenatória definitiva do Judiciário é medida que compromete o “jus libertatis” e a presunção de inocência que milita a favor do acusado, daí ser reservada para casos excepcionais, em que, motivadamente, se examinem os pressupostos e condições que lhe dão suporte; II - situação concreta em que está comprovada a materialidade do delito, havendo indícios veementes que indicam a sua autoria; III - conduta da recorrida que demonstra sua inequívoca vontade de frustrar e protelar a instrução criminal, havendo, inclusive, descumprido as condições impostas para que, em liberdade, respondesse ao processo contra ela motivo. Antecedentes que não a favorecem; V - prisão preventiva que se decreta, dando provimento ao recurso do Ministério Público. ⁴².

Percebe-se que a nova interpretação da presunção de inocência ampliou seu significado para além da simples identificação com o *in dubio pro reo*, fundamentando também o direito de liberdade do indivíduo ao longo da instrução processual como regra, restando a prisão apenas para os casos em que fosse realmente necessária, adquirindo, assim, caráter excepcional.

Em outros dois acórdãos, ambos de relatoria do Ministro Washington Bolívar, a presunção de inocência foi utilizada para garantir a liberdade do indivíduo, havendo o relaxamento da prisão (Tribunal Federal de Recursos – Recurso Criminal nº 1112, 3 de outubro de 1985), e também, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa (Tribunal Federal de Recursos – Recurso Criminal nº 6011, 21 de fevereiro de 1985)⁴³.

Por fim, a autora menciona as decisões do Ministro Carlos Thibau, que se destacaram por tentar dar fundamento legal à presunção de inocência em seus julgados nos arts. 386, inciso VI, do CPP, referente à absolvição por insuficiência de provas (Tribunal Federal de Recursos – Apelação Criminal nº 7600, 12 de março de

⁴² BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Recurso Criminal nº 1094*. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 198. Disponível em: <ww.senado.gov.br/sicon >.inocência. Acesso em: 27 set. 1999.

⁴³ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 216-218.

1987) e no art. 156 do CPP, que trata do ônus da prova (Tribunal Federal de Recursos – Apelação Criminal nº 6796, 28/ de maio de 1987)⁴⁴.

A jurisprudência, portanto, tratava de anunciar mudanças, afirmando o princípio da presunção de inocência que iria ser positivado pela primeira vez em nossa Carta Política de 1988.

Para a elaboração da Nova Constituição Federal, foi convocada uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais liderada por Afonso Arinos de Melo Franco e, apesar de o anteprojeto não ter vingado, é interessante para os fins deste trabalho mencionar o tratamento que foi dado à presunção de inocência⁴⁵.

Art. 43 – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos previstos em lei. [...]

§ 7º - Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa⁴⁶.

Note-se que, diferentemente da redação atual, optou-se pela utilização do termo “presume-se inocente”, além da fixação de que a presunção durará “até que haja a declaração judicial de culpa”, não estimulando, para isso, o trânsito em julgado.

Após diversos contratempos enfrentados pela Assembleia Constituinte, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, inaugurando a nova era democrática. A Constituição foi extremamente analítica, regradando de forma minuciosa diversos assuntos. Além de dar continuidade à proteção de direitos individuais, foram introduzidos uma série de direitos até então nunca contemplados, colocando o país em consonância com os documentos internacionais⁴⁷.

⁴⁴ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 222/224.

⁴⁵ CROZARA, Rorberg Souza. *Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência?* In: CARVALHO, Luiz Gustavo Gransinetti; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coords). *O novo processo penal à luz da Constituição: Análise, Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 273.

⁴⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 230.

⁴⁷ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 202.

Ingo Sarlet⁴⁸ atribuiu à Constituição de 1988, principalmente na parte concernente aos direitos fundamentais, as seguintes características: o caráter analítico, plural e de forte cunho programático.

A presunção de inocência é mencionada expressamente pela primeira vez em nossa Constituição, embora tenha sido estipulada por meio de linguagem inversa, no art. 5º, inciso LVIII, com a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁴⁹. A fórmula adotada foi inspirada na Constituição Italiana de 1948, que evitou utilizar o termo *presunção de inocência*. Por outro lado, deu-se interpretação mais abrangente ao princípio na medida em que este não foi restrito ao acusado, mas a qualquer pessoa, causando reflexos não somente no âmbito do procedimento penal, mas também das atividades policiais preventivas e investigatórias⁵⁰.

Certo é que pela primeira vez a presunção de inocência passa a ter *status constitucional*, convertendo-se em direito fundamental de aplicação imediata.

Conforme aduz José Laurindo Souza Netto⁵¹, é por esse motivo que nunca houve necessidade de previsão legal para a sua aplicação.

Os demais direitos e garantias relacionados à prisão ou à liberdade individual foram estabelecidos nos incisos LXI a LXVI, do art. 5º da Constituição Federal⁵². Estes incisos indicam as formas de prisões ante processuais legalmente admitidas (incisos

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 64.

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 07.02. 2017.

⁵⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-33.

⁵¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 152.

⁵² LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXI e LXIII); regras a serem cumpridas na hipótese de prisão (incisos LXII e LXIV) e regras para o controle judicial de prisão (incisos LXII, LVX e LXVI).

Como se sabe, acolhendo os ensinamentos da doutrina, tem-se compreendido o princípio da presunção de inocência como um direito fundamental relacionado à segurança jurídica em matéria penal e processual penal. Porém, da forma como foi insculpida na Constituição Federal, acabou por criar alguns dissensos doutrinários, justamente sobre o significado do princípio da presunção de inocência e sua possível correlação com a não-culpabilidade. É que não foi repetido textualmente a previsão contida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, nem na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ambas que, aliás, contemplam em seus textos a expressão “presume-se inocente”, não dando qualquer margem a questionamentos ou criações da doutrina no sentido de se conceber interpretação diversa senão aquela que leve a conclusão de que o acusado deve ser considerado inocente até que se prove a sua culpabilidade.

Nossa lei maior consagrou expressamente uma construção de pensamento negativo, ou seja, em nossa constituição não se afirma que será o indivíduo considerado presumidamente inocente, mas que não será reputado culpado até que seja produzida uma sentença penal condenatória irrecorrível.

Quando da interpretação da Constituição surgiram divergências doutrinárias sobre o correto significado do referido dispositivo, alguns se posicionaram no sentido de que a presunção de inocência não poderia ser confundida com a não-culpabilidade, sendo conceitos diversos.

A expressão presunção de inocência sempre foi alvo de grande divergência, seja pelas peculiaridades do momento histórico em que foi utilizada ou pela diversidade de interpretações que tem propiciado⁵³.

Como dissemos, há divergência na doutrina quanto à melhor expressão terminológica da presunção de inocência. É isso que se observa no debate travado entre as correntes liberais e antiliberais das escolas penais italianas.

Contextualizando esse cenário, durante o século XIX travou-se profunda discordância entre os defensores das ideias iluministas da Revolução Francesa, que formaram a Escola Clássica, e os seus opositores, simpatizantes de um sistema

⁵³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

criminal mais rigoroso voltado à defesa social, em detrimento dos direitos individuais, sendo estes integrantes da Escola Positiva⁵⁴.

Francesco Carrara, argumentando em favor da Escola Clássica, procurou elevar a presunção de inocência à condição de princípio fundamental da ciência processual e pressuposto de todas as garantias do processo, constituindo dogma fundamental do direito repressivo. Segundo esse autor, diante da escolha do Estado entre punir ou proteger os direitos do acusado, deve-se dar prioridade à tutela dos direitos individuais, a fim de pender sempre em favor do acusado. Tal alegação fundamenta-se no importante pressuposto da segurança jurídica, defendida pela Escola Clássica, com a finalidade de evitar que o processo penal continuasse a ser instrumento de arbítrio nas mãos de juízes e monarcas⁵⁵.

Por outro lado, muitas críticas foram construídas pelos autores da Escola Positivista. Tafaelle Garofalo e Enrico Ferri consideram a fórmula da presunção de inocência ilógica e absurda. Para o primeiro, o acusado não deveria ser presumido culpado nem inocente, mas imputado, criando uma terceira categoria. Já Ferri acreditava que o acusado deveria ser absolvido somente quando sua inocência estivesse devidamente comprovada pelas provas⁵⁶.

Vicenzo Manzini, representante da Escola Técnico-Jurídica, ainda mais crítico, considerou a expressão presunção de inocência paradoxal e irracional. Isso porque, para ele, seria presumível a procedência da imputação, e não o contrário, pois, se assim o fosse, não teria sentido processar o acusado⁵⁷. Em outras palavras, o raciocínio que Manzini estabeleceu foi que há incoerência na justificação da proteção e presunção da inocência quando a maior parte dos imputados são condenados ao final do processo⁵⁸. Assim, para o autor italiano, a norma não estabelece presunção

⁵⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 108/109.

⁵⁵ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 34.

⁵⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 52.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 52/53.

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. Ed. rev. Atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 185.

de inocência, mas apenas declara que o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva⁵⁹.

Segundo Camargo⁶⁰, Manzini defendia que o Processo Penal não estava a serviço da liberdade do indivíduo, mas voltado a ser um instrumento para provar a culpa do acusado por meio de regras técnicas, razão pela qual era adverso à presunção de inocência.

Não causa espanto que, devido às críticas da Escola Positivista no momento da elaboração do Código Processual Penal Italiano de 1931, que serviu de inspiração para o nosso Código de Processo Penal de 1941, que não fosse feita menção à presunção de inocência e, posteriormente, na Constituição Italiana de 1948, que tenha sido rejeitado o termo “presume-se inocente” para adotar a expressão “não é considerado culpado”, assim como na Constituição Brasileira⁶¹.

Em busca de doutrina mais recente, encontramos autores como Júlio F. Mirabete, que entendem que o melhor termo a ser utilizado é a “presunção da não culpabilidade”, visto que até mesmo a própria Constituição não presume a inocência, apenas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

De outra banda, José Laurindo de Souza Netto afirma que seria estado jurídico de inocência, utilizando a explicação de René Dotti de que *“a melhor direção consiste em fazer da presunção de inocência um verdadeiro princípio de fundo constitucional e que, por isso mesmo, transcende o quadro das presunções como assunto ordinariamente processual”*⁶².

Neste mesmo sentido, posiciona-se Igor Nery Figueiredo⁶³, ao afirmar que as críticas feitas à denominação do princípio partem da noção equivocada do termo “presunção”. Aduz, para tanto, que o princípio da inocência não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, mas de garantia processual. Não há dúvidas de que o princípio não se baseia na ideia de probabilidade da ocorrência de um resultado, até

⁵⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 154.

⁶⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumin Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 237/238.

⁶¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 53.

⁶² DOTTI, René Ariel *apud* SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. P. 156.

⁶³ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 53/55.

porque os dados demonstram que é muito mais provável que ao final da sentença advenha uma condenação do que uma absolvição. Por conseguinte, a presunção de inocência não tem o condão de antecipar o resultado do processo criminal, mas o de garantir, como princípio geral do processo penal, um processo justo e equilibrado ao acusado.

Assim sendo, a presunção de inocência possui caráter político ligado ao valor da liberdade, como bem explica Antônio Magalhães Gomes Filho:

[...] na leitura da expressão “presunção de inocência” há de ser considerado prioritariamente o seu **valor ideológico**; trata-se, como afirmou Pisano, de uma presunção política, **na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador**, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal⁶⁴.

Em outra obra, o mesmo autor chama a atenção para a impropriedade das críticas baseadas na probabilidade de condenação ao final do processo, uma vez que o significado de “presunção” pouco tinha a ver com a ideia de consequência que a lei extrai de um fato, mas com uma atitude emocional de repúdio ao sistema até então vigente, no qual o acusado deveria comprovar sua inocência. Em outras palavras, as presunções são normas de comportamento por meio das quais o legislador formula regras de “dever ser”, e não enunciadas na realidade⁶⁵.

Da mesma forma, Girolamo Bellavista⁶⁶ entende que a presunção de inocência é aquele procedimento lógico feito pelo juiz, mas uma presunção de natureza política, mais direcionada à função judicial. Não se pretende, assim, estabelecer uma verdade processual, não havendo qualquer diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.

Na prática judiciária nacional o campo de aplicação dos princípios não se diferencia, em essência. Desta forma, tem sido as expressões utilizadas indistintamente, como se fossem sinônimos, sem um apelo rigoroso à interpretação literal que pudesse ser efetuada.

O professor René Ariel Dotti, no prefácio da obra de Batisti, escreve:

⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

⁶⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-36.

⁶⁶ BELLAVISTA, Giralamo *apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188.

Alguns juristas italianos discutem sobre a distinção prática das expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”. O entendimento correto é sustentado por Illuminati que refeita o debate semântico para se evitar o risco de reduzir o princípio a uma inconcludente enunciação retórica em que o acusado de presumível inocente passa a ser considerado não culpado, prejudicando uma noção extremamente clara e historicamente consolidada. No mesmo sentido é a lição de Vilela: ‘Fazer a distinção entre a presunção de inocência e presunção de não culpabilidade revela-se contraproducente, pois retira-se um significado determinativo, favorecendo, assim, soluções arbitrárias no plano aplicativo.’⁶⁷

Como vimos no item anterior, alguns países consagram a expressão “presunção de inocência” em suas cartas constitucionais, tal como ocorre em Portugal e Espanha, enquanto outros, como aqui no Brasil e Itália, preferiram o termo “não seria considerado culpado”. Atualmente, essas distinções não fazem mais sentido, pois, como se viu, os termos “presunção de inocência”, “estado de inocência” ou “presunção de não culpabilidade” são equivalentes⁶⁸.

Em outras palavras, como ensina Bellavista, “quando não se é presumível culpado, é presumido inocente”⁶⁹.

Assim, seja como princípio da presunção de inocência ou como não culpabilidade, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos a possibilidade de serem presumidamente inocentes, desconsiderando previamente a culpabilidade, deixando para utilizar tal rotulação tão somente após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exigindo-se um juízo de certeza, e não de mera possibilidade ou probabilidade.

Apressando o passo para os fins desta dissertação, necessário falar sobre a natureza jurídica do princípio.

O principal fundamento que rege a presunção de inocência é o de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente, principalmente dentro de um

⁶⁷ BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba. Juruá, 2009. p. 15.

⁶⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 51.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. Ed. 1. Vol. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

⁶⁹ BELLAVISTA, Giralamo *apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188.

ordenamento jurídico que prima pelo valor do indivíduo e sua liberdade, deixado para o Estado a reponsabilidade sobre a dúvida⁷⁰.

Sob esse olhar, quanto ao fundamento da presunção de inocência, Luigi Ferrajoli com toda propriedade afirma:

Esse princípio fundamenta de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos”, escreveu Leuzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos.”⁷¹

Quanto à natureza jurídica, Carvalho⁷² faz a distinção entre princípio constitucional aplicado ao direito processual e princípio processual constitucional. Enquanto aquele possui natureza política, tendo surgido primeiro nas Cartas Constitucionais para depois estender-se ao direito processual, este último nasce dentro do processo e, devido a sua importância, passa a ocupar lugar nas Constituições.

Ao tecer considerações, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira⁷³ adverte que a ausência de tradição histórica do instituto da presunção de inocência no país, ao contrário do direito anglo-saxão, dificulta a concretização no direito brasileiro, já que sua aplicação decorre pelo fato de aparecer no texto constitucional, representando muito mais, como denomina Tourinho Filho⁷⁴, um “dogma de fé”, não sendo resultado da lógica a partir de determinadas escolhas.

Como observa Nucci⁷⁵, os princípios constitucionais configuram uma ordenação que se irradia, servido de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Com relação ao princípio da presunção de inocência, o autor assevera que, mesmo antes da constitucionalização deste, a

⁷⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p.137/138.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014., p. 506.

⁷² CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

⁷³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 52.

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. Ed. 1. Vol. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 633.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 56/57.

presunção de inocência já era considerada pelos processualistas, produzindo efeitos na aplicação da norma ao caso concreto.

Com a mesma luz, Aury Lopes⁷⁶ ensina que o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum, sendo pressuposto para a condição humana. Nesse aspecto, cabe mencionar que o direito italiano – bastante utilizado pela doutrina brasileira – atribui caráter ontológico à construção da presunção de inocência, com o faz Malatesta⁷⁷, que se baseia no fato de que o número de homens que não cometem crimes é muito maior do que aqueles que cometem.

Ao abordar a natureza do princípio, Antonio Magalhães Gomes Filho⁷⁸ utiliza a explicação de Wroblewski, que considera os valores ideológicos e técnicos das presunções, sendo os primeiros correspondentes à garantia dos interesses do acusado no processo penal, ao passo que os segundos são instrumentais ao primeiro, contribuindo para a segurança e certeza do direito, indicando ao juiz a regra de julgamento a ser obedecida no caso de incerteza sobre a sua culpabilidade.

Desta forma, a presunção de inocência não se trata apenas de garantia de liberdade, mas também de segurança, entendida como aquela oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa contra o arbítrio punitivo⁷⁹.

Agora, devemos estudar a aplicação do princípio da presunção de inocência no processo, bem como a atuação a postura do juiz diante dele.

Com o recebimento da denúncia pelo juiz dá-se início à ação penal e isso só ocorre quando há provas suficientes da existência de um crime, demonstrando a sua materialidade e indícios suficientes de sua autoria. Nesse momento inicial, há uma dúvida que será resolvida durante o processo. Assim, o objetivo do processo penal é alcançar a certeza na sentença, seja absolvendo ou acusando o acusado.

Entretanto, caso ainda permaneça dúvida acerca da materialidade e autoria do crime, duas soluções foram apresentadas na história do processo penal: a primeira

⁷⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 191.

⁷⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei *apud* FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 51.

⁷⁸ Wroblewski, Jerzy *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. Ed. rev. Atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 186.

delas é suspender o processo até que novos elementos sejam apresentados, e a segunda é de dar resposta imediata a partir da incerteza⁸⁰.

Conforme alega Camargo, o modelo processual apontou para a absolvição nos casos em que não havia certeza dos fatos, extinguindo a suspensão do processo por falta de provas. Assim, ressurgiu a regra do *in dubio pro reo*, oriunda da Grécia antiga e estruturada no Direito Romano, tendo o significado de que a dúvida deve sempre favorecer o acusado, consubstanciando como regra de solução técnica na forma de princípio geral de direito.

A primeira interpretação do princípio da presunção de inocência encontrada em nossa jurisprudência, como antes mencionado, foi com relação à carga probatória, derivada da interpretação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Pelo fato de o princípio ter íntima relação com o *in dubio pro reo*, muitos doutrinadores enxergam as duas figuras em uma só.

Weber Martins Batista⁸¹, por exemplo, afirma que houve um desvirtuamento da ideia central do princípio da presunção de inocência, já que na Idade Média significava presumir inocente o réu absolvido por falta de provas. Também, Afrânio da Silva Jardim⁸² aduz que a presunção de inocência produz reflexos apenas quanto ao ônus da prova.

Quanto ao conteúdo dessa regra probatória, dizemos que ela irradia sua consequência mais evidente, que é a incumbência da acusação de demonstrar a culpabilidade e a existência dos fatos interpretados, não bastando a simples refutação das teses.

Ainda, há a necessidade de que tal comprovação seja feita legalmente, conforme o devido processo legal, não restando o condenado obrigado a colaborar para a apuração dos fatos, derivando disso o direito ao silêncio.⁸³

Nesse aspecto, parte da doutrina utiliza a teoria do ônus da prova, muito utilizada no processo civil para distribuir os encargos probatórios, para orientar o

⁸⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005, p. 135-136.

⁸¹ BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 26/27.

⁸² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal, estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 413.

⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-40.

procedimento na incerteza judicial em matéria penal. Entretanto, a aceitação desse instituto no processo penal é discutível por três razões apontadas por Camargo:⁸⁴

a) Diferentemente do que ocorre no processo civil, no qual o juiz não se envolve na produção de provas, no processo penal há atuação mais direta devido ao princípio da livre investigação na busca da verdade substancial. Além disso, o Ministério Público não é apenas órgão acusado, mas de promoção da justiça, podendo requisitar também a absolvição do acusado.

b) A aceitação do ônus da prova levaria à distribuição legal da incumbência probatória para as partes, impondo ao indivíduo a tarefa de produzir a contraprova, o que não é possível dentro do sistema acusatório de processo penal. A parte pode fazer a contraprova desde que voluntariamente, não podendo ser coagida a fazê-la.

c) A própria concepção de *in dubio pro reo* contraria a teoria do ônus da prova, já que a primeira atua independentemente de quem produziu a prova, sobre os fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos de direitos. Assim, qualquer dúvida sempre deverá privilegiar o acusado.

Diante disso, para a autora, a aceitação do ônus da prova para o processo penal viola a presunção de inocência, uma vez que a prova da culpabilidade do indivíduo cabe apenas ao órgão acusatório, não podendo o réu ser obrigado a apresentar provas que refutem a acusação ou que deponham contra a sua inocência, regras estas amparadas pelo direito ao silêncio.⁸⁵

Assim sendo, Aury Lopes Jr.⁸⁶, ao interpretar o artigo 156 do CPP⁸⁷, alerta que a primeira e principal alegação no processo é feita na denúncia, de modo que incumbe ao Ministério Público todo o ônus de prova. Para o autor, essa é a melhor interpretação que pode ser dada ao artigo, estando equivocado o entendimento de que a prova de uma alegada excludente caberia à defesa. Isso porque, a partir do momento em que

⁸⁴ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 137-139.

⁸⁵ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.139.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. Ed. rev. Atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 190.

⁸⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

a acusação deve provar o alegado, “incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.”⁸⁸

Desta forma, se de um lado, a acusação tem o dever de comprovar a materialidade e a autoria do crime para desconstruir a presunção de inocência, a defesa, por sua vez, tem o direito (e não o dever) de contradizer com contraprovas⁸⁹.

Também é o entendimento de Elmir Duclerc⁹⁰, quando afirma que o art. 156 do CPP foi parcialmente recepcionado pela Constituição Federal, já que a defesa não tem o dever de comprovar coisa alguma. Em suas palavras, “quem é verdadeiramente inocente, não precisa provar aquilo que já é verdadeiro”⁹¹.

Da mesma forma, Figueiredo⁹² afirma que a acusação tem o ônus de comprovar a presença de todos os elementos necessários à responsabilização do réu, tanto no sentido positivo (materialidade e autoria do crime), quanto negativo (ausência de causas que excluam o crime). Em outras palavras, qualquer dúvida que recaia sobre o contexto fático que beneficia o réu com a absolvição, podendo ser ela quanto à materialidade, autoria ou à existência de excludentes.

Nucci⁹³ reforça esse entendimento alegando que na hipótese de alguma excludente ser aventada, caberá à acusação o ônus de demonstrar a sua incoerência ou inconsistência.

Entretanto, esse não é um entendimento totalmente pacífico, pois há autores que alegam que caberia à defesa demonstrar eventual incidência de excludente de ilicitude ou culpabilidade que fosse eventualmente alegada, tal como Eugênio Pacelli⁹⁴ defende.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. Ed. rev. Atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 190.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. Ed. rev. Atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 190.

⁹⁰ DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Vol. 1 2 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006, p. 41.

⁹¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 57.

⁹² FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 57.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4 ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 336.

⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

Conforme leciona Sérgio Fernando Moro ⁹⁵, esta vertente que trata da regra probatória vai além do mero axioma de *in dubio pro reo*, derivando do *standard* anglo-saxônico, que exige a comprovação da responsabilidade criminal acima de qualquer dúvida razoável, fazendo com que a atribuição desigual do ônus da prova favoreça ao acusado.

Quanto a esse *standard* probatório, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira ⁹⁶ argumenta que no direito anglo-saxônico, o processo se instaura pela presunção de inocência como um direito de o acusado não ser punido pelo Estado de forma arbitrária, cabendo unicamente a ele (Estado) a obrigação de provar o fato, devido à simetria buscada nesse sistema. Se o acusado rejeitar a proposta de negociação da culpa, terá direito ao processo, no qual a acusação deverá provar a culpa para além de uma dúvida razoável, relacionando diretamente com o *standard* da presunção de inocência.

Maurício Zanoide de Moraes⁹⁷ afirma que a presunção de inocência possui desdobramentos como norma probatória e como norma juízo, sendo a primeira relacionada com uma atividade probatória lícita que recai sobre a acusação, ao passo que a segunda se manifesta na subjetividade, relacionada com a noção de suficiência, probabilidade e dúvidas sobre as provas já produzidas.

Com relação à norma de juízo, Moraes ⁹⁸ afirma que esta vertente é composta pelo *in dubio pro reo* e pelo *favor rei*, que resulta na aplicação da tese mais favorável ao réu nos casos em que a acusação não tenha sido eficiente.

Ferreira ⁹⁹ alega que essa última perspectiva de “norma de juízo” é bastante utilizada por diversos autores, como integrante da ética do magistrado, de modo que a presunção deve resultar no tratamento processual que o juiz confere ao acusado. Assim, utilizando-se da explicação de Aury Lopes Jr, o juiz possui obrigação de manter

⁹⁵ MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

⁹⁶ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 46-47.

⁹⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010. P. 462-464.

⁹⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010. p. 471-472.

⁹⁹ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 53-54.

tanto uma posição negativa (não considerando culpado) quanto positiva (tratando-o como inocente).

A partir da Carta Magna de 88, a expressão “ninguém pode ser considerado culpado” estabelecida no seu art. 5º, inciso LVII, enaltece o entendimento do princípio como regra de tratamento do indivíduo, pois impede que o acusado receba tratamento que é destinado aos culpados antes da sentença condenatória.¹⁰⁰

Nesse sentido, Souza Netto ¹⁰¹ argumenta que o âmbito da presunção de inocência não se limita à disciplina probatória, já que parte do devido processo legal e irradia por todo o sistema penal de intervenção estatal sobre uma pessoa, alcançando, assim a investigação do cidadão e o tratamento a ele dispensado em toda a trajetória até a aplicação ou não da pena.

Desse modo, segundo Camargo ¹⁰², o reflexo mais marcante dessa vertente do princípio é visto na disciplina prisional. Isso porque, a prisão transmite o estigma de culpado ao indivíduo que está sendo processado, pelo qual sua aplicação antes da sentença condenatória definitiva (sentido que veremos melhor mais adiante) deve ser reservada apenas para casos excepcionais, em que a necessidade de medidas cautelares seja demonstrada, sob pena de violação da presunção de inocência.

Portanto, a segunda consequência que pode ser extraída da presunção de inocência é a preservação, como regra, da liberdade física do acusado durante o processo penal.

Primeiramente, precisamos entender como funciona o regime das prisões processuais no nosso ordenamento jurídico, principalmente após as reformas de 2008 e 2011 na lei processual. Atualmente, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a prisão decorre de apenas duas possibilidades: a derivada de sentença penal condenatória irrecorrível (após o trânsito em julgado), e a prisão decorrente de medida cautelar, antes do fim do processo, quando são preenchidos os requisitos quanto à sua necessidade, que serão vistos adiante.

¹⁰⁰ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.257.

¹⁰¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 154.

¹⁰² CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.256-257.

Pacelli¹⁰³ afirma que o Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, foi elaborado com base no juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que fundamento da custódia remetia apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Havia, por exemplo, as prisões automáticas que derivavam da pronúncia e de condenação irrecorrível, constituindo, inclusive, a prisão como condição de admissibilidade para o recurso de apelação.

Tal paradigma foi alterado a partir da vigência da Constituição de 1988, com os incisos LVII e LXI do art. 5º ¹⁰⁴, e principalmente, com a Lei 11.719/2008, que promoveu profundas alteração na matéria, exigindo, por exemplo, que toda prisão anterior à sentença condenatória se funde em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.¹⁰⁵

As mudanças foram complementadas com a Lei 12.403/2011, que trouxe inúmeras alternativas ao cárcere, afastando a prisão provisória com a nova redação do art. 283 do CPP¹⁰⁶ e instituindo de forma definitiva a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado, fixando o caráter excepcional e subsidiário dessas prisões.¹⁰⁷

Dentre outras mudanças, houve a revogação expressa dos arts. 595 e 393, ambos do CPP¹⁰⁸, que determinavam, respectivamente, a deserção da apelação pela fuga do réu e o lançamento do nome do condenado em primeiro grau no rol dos culpados. Pacelli¹⁰⁹ lembra que mesmo antes da alteração legislativa, a Súmula 347

¹⁰³ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 496-497.

¹⁰⁴ LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁰⁵ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 497.

¹⁰⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011.)

¹⁰⁷ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 498-499.

¹⁰⁸ Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação. Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: 0 – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, com nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

¹⁰⁹ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 500.

do STJ já pregava que “O conhecimento de recuso de apelação do réu independe de sua prisão” ¹¹⁰

Visto que as prisões processuais atualmente admitidas só podem possuir natureza cautelar, adentraremos na análise dos requisitos que as autoriza. Inicialmente, Camargo ¹¹¹ aponta duas características que revestem as medidas cautelares, que são a provisoriedade e a proporcionalidade. A primeira indica que a medida cautelar é instrumental, o que significa que é utilizada para alcançar determinado objetivo durante o processo criminal, podendo ser usada ou descartada a qualquer momento. Já a proporcionalidade é aquela que orienta os juízes a respeito da necessidade de aplicação da medida e o prejuízo que é causado pela restrição do direito.

Segue a autora dizendo que os requisitos legais para a aplicação das medidas cautelares não são exatamente os mesmos que os do processo civil, já que estes correspondem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, e possuem como objeto questões patrimoniais, ao passo que no processo penal, o objeto é predominantemente a liberdade do indivíduo. Assim, para a determinação de uma prisão cautelar, não é correto falar-se em *fumaça do bom direito*, mas na existência de provas de materialidade e fortes indícios sobre a autoria. Da mesma forma, o *periculum in mora* não reflete no processo penal o perigo na demora em si, mas em outros fatores como o perigo de fuga, a perturbação ao normal, desenvolvimento do processo e suscitação de desordem social ou econômica. ¹¹²

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. ¹¹³ critica a impropriedade na utilização pela doutrina tradicional do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* como fundamento das medidas cautelares do processo penal, pois não se pode afirmar que há fumaça do bom direito para a decretação da prisão cautelar, mas a existência do *fumus commissi delicti*, com probabilidade de cometimento de um delito, ou mais especificamente, referente à prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 347. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronia/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf. Acesso em 26.08.2015.

¹¹¹ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 258-259.

¹¹² CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 258-259.

¹¹³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 200.

Ainda, com relação ao *periculum in mora*, o autor alega que tal conceito é cabível apenas quanto às medidas cautelares reais, cuja demora pode fazer com que haja a dilapidação do patrimônio do acusado. Entretanto, com relação às medidas coercitivas pessoais (como na prisão preventiva), o risco assume outro caráter. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o fundamento. [...] Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). [...] Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto o perigo que decorre do estado de liberdade do acusado.¹¹⁴

O perigo de fuga deve ser comprovado por meio de provas certas, tais como quando o indivíduo está se desfazendo dos bens, preparando documentos para viagem e outros. Já a perturbação ao normal andamento do processo pode ser configurada quando há ameaças de testemunhas, tentativas de interferir na coleta de provas, de corromper os peritos e dentre outros.

Por fim, com relação ao risco da ordem pública, esta poderá ser configurada quando as atitudes do indivíduo demonstrarem risco para a paz social, como a prática de novas infrações penais, apologia ao crime, reunião em quadrilha ou bando e outros¹¹⁵.

Em suma, estes são os requisitos necessários para que uma medida cautelar seja aplicada, permitindo assim, que ela seja imposta antes da sentença condenatória irrecorrível.

Dessa forma, o princípio da presunção cria uma regra de proibição do Estado em restringir a liberdade pessoa baseada unicamente na possibilidade de condenação futura. Por conseguinte, segundo entendimento predominante, qualquer tipo de prisão processual obrigatória ou automática, que não seja fundamentada em razões cautelares, violaria a presunção de inocência¹¹⁶.

¹¹⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 201.

¹¹⁵ CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar*. Editora Lumen juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 261.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 57/58.

Resumidamente, vimos então que o âmbito de atuação da presunção de inocência produz dois efeitos: um deles é no âmbito probatório, incumbindo à acusação o dever de comprovar a responsabilidade criminal acima de qualquer dúvida razoável, resultando também no *in dubio pro reo*; e o outro se relaciona à proibição da restrição da liberdade do réu antes da sentença, apenas pelo fato de estar respondendo a uma ação penal.

Para Moro¹¹⁷, núcleo duro do princípio é aquele que trata do *standard* de prova para a condenação, que não admite qualquer tipo de restrição. Entretanto, o efeito do princípio no tratamento do acusado, apesar de impedir restrições aos seus direitos antes do julgamento ou de revesti-los de caráter excepcional, não possui natureza absoluta, podendo neste ponto ser relativizada.

1.3 TRÂNSITO EM JULGADO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No mundo jurídico, atualmente, não há quem duvide da existência e necessidade de aplicação do princípio da presunção de inocência.

Contudo, no seio da sociedade cresce um sentimento de que reina a impunidade no país. Isso se deve ao aumento da criminalidade, uma verdade aceita por todos. A aplicação do princípio estaria impedindo a política eficiente do Estado para reprimir e impedir o crime¹¹⁸.

A Constituição Brasileira optou por ampliar o termo final da presunção de inocência dado pelos próprios instrumentos internacionais, fixando-a no trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, o que se deve questionar é quando ocorre esse marco processual.

Questionando-se de outro modo, a interposição dos recursos especial e extraordinário, bem como do agravo contra a sua denegação – que possuem efeito suspensivo – impedem o trânsito em julgado da decisão penal condenatória? Aí está, portanto, a importância da análise das peculiaridades do processo penal brasileiro, questionando a necessidade da espera do julgamento dos recursos extraordinário e

¹¹⁷ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 71.

¹¹⁸ BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba. Juruá, 2009. p. 9.

especial para que se opere o trânsito em julgado, que encerra a presunção de inocência.

É aqui que processo penal revela sua grande missão, que é a de regular o exercício da função punitiva, tendo o difícil dilema de lidar com a efetividade da coerção penal e a garantia dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Como já visto em tópico precedente, o princípio da presunção de inocência, inserido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5^a, inciso LVII, com *status de direito fundamental*, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No direito brasileiro, o instituto jurídico do trânsito em julgado, também conhecido como coisa julgada material, está relacionado com o esgotamento das vias recursais ou decurso *in albis*¹²⁰ dos prazos para a sua interposição, tornando preclusa a possibilidade de se realizarem quaisquer atos processuais tendentes à modificação da decisão meritória proferida.

O instituto da coisa julgada também foi objeto de conceituação por parte do legislador ordinário, o qual definiu, no art. 502 do Código de Processo Civil, que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, de modo que, de acordo com o art. 503 do mesmo diploma legal, “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”¹²¹.

Conforme ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a coisa julgada se forma:

Depois de ultrapassada a fase recursal, quer porque não houve recurso, quer porque o recurso não foi conhecido por intempestividade, quer porque foram esgotados todos os meios recursais, a sentença transita em julgado. Isto se dá a partir do momento em que a sentença não é mais impugnável. (...). O momento da ocorrência da coisa julgada quando o recurso não é conhecido é o da época e que se verificou a causa do não conhecimento.¹²²

¹¹⁹ BEDÊ JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

¹²⁰ *In albis*: em branco, sem nenhuma providência. Disponível em <http://www.dicionariodelatim.com.br/in-albis/>. Acesso em 14.02.2017.

¹²¹ BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*, 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14.02.2017.

¹²² NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 820/821.,

Assim, ao tornar as sentenças judiciais imutáveis, o fenômeno da coisa julgada traz consigo segurança jurídica ao ordenamento brasileiro, uma vez que, ao julgar procedente ou improcedente determinado processo, ou, ainda, na esfera penal, ao condenar ou absolver um acusado, a decisão judicial passada em julgado não é passível de nenhuma alteração, senão por meio de revisão criminal, e se preenchidos os requisitos do artigo 621 do Código de Processo Penal¹²³. Portanto, cuida-se de instituto intimamente relacionado com o princípio da segurança jurídica.

Considerando a relevância que o fenômeno da coisa julgada produz para efeitos de garantir a referida segurança jurídica, o constituinte determinou, também em seu art. 5º, inciso XXXVI, que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*, de modo que nenhuma legislação editada após o trânsito em julgado de determinada decisão judicial poderá alterar o comando desta.

Ainda, tendo em vista o princípio do duplo grau de jurisdição, definido por Francesco Carnelutti¹²⁴ como uma garantia que permite submeter a lide a pelo menos segundo exame que ofereça maiores garantias que o primeiro, já que serve da experiência deste e o realiza um ofício superior, a decisão judicial passada em julgado já passou por todas as instâncias de julgamento possíveis, com o esgotamento de todas as vias recursais, tendo sido submetida, via de regra, à revisão de tudo que se decidiu na primeira, com a cognição de mérito por órgãos judiciais distintos.

Na esfera penal, é cediço que uma decisão judicial que condene um acusado pela prática de um delito pode impor a este uma pena privativa de liberdade, além de determinar outros efeitos genéricos e acessórios decorrentes da condenação, prisão esta que, segundo Guilherme de Souza Nucci, consubstancia-se na *“a privação da liberdade do indivíduo, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”*¹²⁵.

No ordenamento jurídico pátrio, a prisão possui fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, o qual define que *“ninguém será preso*

¹²³ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

¹²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 79.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 573.

senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”¹²⁶.

Portanto, como bem esclarece Guilherme de Souza Nucci, *“a regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita recorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização”¹²⁷.*

Pois bem. Contextualizando-se os institutos da coisa julgada e da sentença condenatória que imponha uma pena privativa de liberdade, a questão que se indaga, neste átimo, é se a prisão decorrente da referida condenação pressupõe ou não o trânsito em julgado da decisão judicial, considerando o preceito constitucional da presunção de inocência.

Isso pelo fato de que, como já mencionado anteriormente, referido princípio, previsto no art. 5^a, inciso LVII, da Carta Magna, embora determine que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, não faz menção expressa no sentido de que *“ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Neste sentido, alguns doutrinadores, tais como Gilmar Ferreira Mendes¹²⁸, entendem que o princípio constitucional ora em debate seria melhor definido se fosse entendido como o princípio constitucional da “presunção de não culpabilidade”, assim explicando:

O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria a acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerado alguém culpado.

¹²⁶BRASIL. *Constituição Federal, 1988.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14.02.2017.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 573.

¹²⁸ STF, HC 126.292. Rel. Min. Teory Zavascki, 17-02-2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900092905&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 20.02.2017.

De acordo com o entendimento esposado acima, adotado por Mendes e por outros doutrinadores, conforme será demonstrado mais adiante, seria precipitado afirmar que a execução provisória de pena privativa de liberdade só poderia ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, uma vez que tal decisão poderia já ter sido objeto de análise em duas instâncias de julgamento, tendo passado pelas jurisdições soberanas para análise dos fatos, inexistindo, portanto, qualquer resquício de não preservação contra juízos precipitados.

De acordo com Anderson Furlan, José Jácomo Gimenes e Marcos César Romeira Moraes:

A Constituição não diz que o acusado poderá ser preso após o julgamento da segunda instância, mas também não diz que somente pode ser preso após o trânsito em julgado na última instância. Assim, é razoável defender com boa-fé a manutenção da histórica decisão da Suprema Corte, votada em 17 de fevereiro passado, que buscou o salutar meio termo, acompanhando a maioria das nações civilizadas, permitindo a prisão do acusado já condenado em duas instâncias, que tem apenas remotíssima possibilidade de mudar o veredicto quanto ao mérito. Não existe justiça meramente ideal, apartada da realidade¹²⁹.

Por outro viés, há quem entenda que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória seria um ato de frontal violação ao princípio insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, e, segundo Aury Lopes Junior¹³⁰, afirmar que a Carta Magna recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência” não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela base democrática da Constituição. Segundo o autor:

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como ‘presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um ‘dever de tratamento’ no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será

¹²⁹ FURLAN, Anderson; GIMENES, José Jácomo; MORAES, Marcos César Romeira. *Esperar o trânsito em julgado para prender levou a protelação da impunidade*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/jacomo-gimenes-esperar-transito-julgado-levou-protelacao-impunidade#author>. Acesso em 21.02.2017.

¹³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#author. Acesso em 14.02.2017.

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.

A Constituição brasileira estabelece princípios que regem a persecução penal, dando-lhes o *status* de cláusulas pétreas e evidenciando a aproximação do país ao movimento constitucionalista de proteção dos direitos fundamentais. O estabelecimento dessa prioridade implica no surgimento de deveres de proteção impostos ao Estado, sendo a maioria deles voltados à proteção do investigado/acusado (direito à ampla defesa, contraditório, direito ao silêncio, a própria presunção de inocência, vedação de provas ilícitas e outros).

Por outro lado, o Estado também persegue outro escopo, de que a persecução penal é imprescindível à tutela dos direitos fundamentais. Como exemplo, Igor Figueiredo cita os incisos XLII, XLIII e XLVI do art. 5º da Constituição, que determinam que a tipificação dos crimes de racismo, tortura, tráfico e ação de grupos armados contra a ordem constitucional.

Assim, juntamente às garantias de direitos fundamentais do réu, a Constituição Federal brasileira também coloca como prioridade a eficácia da persecução penal, quando há o cometimento de um delito. Isso porque, ao aplicar devidamente a lei penal, afastando a impunidade, também estará resguardando a tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos¹³¹.

Esse dever de eficácia decorre, como apontado acima, de algumas fontes explicitamente previstas na Constituição. Dentre elas, Figueiredo¹³² menciona a criação de mandados de criminalização no catálogo de direitos fundamentais, deixando claro que a persecução criminal é uma de suas prioridades, bem como a previsão de direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, fazendo com que o direito penal exerça papel importante na função do Estado em protegê-los.

O autor pontua alguns elementos interessantes da teoria dos direitos fundamentais para compreendermos a importância do direito penal na proteção dos direitos da coletividade. Basicamente, grande parte da doutrina constitucional distingue duas perspectivas para os direitos fundamentais: a objetiva, representada

¹³¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 63.

¹³² FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 68.

pelos valores disseminados na sociedade; e a subjetiva, que diz respeito aos direitos subjetivos individuais. Para o nosso estudo, é mais relevante a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, construída por meio da jurisprudência da Corte Federal Constitucional da Alemanha (caso Luth), da qual extraiu-se o entendimento de que “todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais¹³³.

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais citadas por Sarlet é a obrigação do Estado de efetivar e proteger esses direitos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra as agressões oriundas de particulares. É exatamente isso nessa conjuntura que a persecução penal adquire papel fundamental para a proteção desses direitos previstos na Constituição¹³⁴.

Nesta lógica, segundo Figueiredo¹³⁵, se o Estado abrir mão da tutela penal, executando a persecução penal de forma negligente e ineficaz, inegavelmente está desrespeitando o direito fundamental atingido, diante da proteção insuficiente.

Essa ideia é bem exposta por Claus Roxin:

Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.¹³⁶

No mesmo sentido, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna apontam com veemência que a obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais poderá afetar a efetividade da justiça criminal e do comprometimento com os direitos sociais da coletividade. Por consequência, deverá se admitir algumas relativizações em situações limites, pois a obediência sem concessões “acaba causando enorme impunidade, o que, sem sombra de dúvida,

¹³³ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 66.

¹³⁴ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 66.

¹³⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 63.

¹³⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

configura um dos fatores que contribui para a atual ‘crise da justiça criminal’, e que no fundo acarreta uma ameaça ao Estado de Direito¹³⁷.

Neste momento, encontramos o ponto nodal do debate que interessa a nossa pesquisa, como veremos no próximo capítulo. No estudo de caso proposto, o Supremo Tribunal Federal optou por dar uma interpretação não literal à precisão constitucional da presunção de inocência, justamente em nome da “crise da justiça criminal” e da “impunidade” anunciadas por parte da doutrina que adiante também citaremos.

Assim, segundo Figueiredo, além da construção de direitos e garantias fundamentais ao acusado, não se pode abrir mão da persecução penal como mecanismo de tutela de direitos, já que esta também foi colocada em posição destacada pela Carta Maior. Desse modo:

A tutela dos direitos fundamentais do réu deve conviver harmonicamente com uma persecução penal eficaz, e, nessa dosagem, o Estado passa a garantir um processo justo, leal ao acusado, assegurada a paridade de forças entre a acusação e a defesa, mas que não compactua com a imunidade e a deficiência no dever de proteger os direitos da sociedade.¹³⁸

Para ele, isso não ocorre com a interpretação literal do dispositivo constitucional da presunção de inocência, que estende, sem restrições, a duração da presunção até o *trânsito em julgado da sentença condenatória*. A aplicação absoluta desse princípio acarreta violação do dever de eficácia da persecução penal em nosso atual sistema criminal.

Assim, está claro que há conflito entre o princípio da presunção de inocência, e a eficiência da persecução penal, assegurada pelos direitos fundamentais (como a vida, em sua dimensão objetiva, e a segurança), ambos estabelecidos no art. 5º, caput, da CF¹³⁹, e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF¹⁴⁰).

¹³⁷ BEDÊ JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25/26.

¹³⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 64.

¹³⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

¹⁴⁰ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Conforme aduz Carvalho¹⁴¹, mesmo pensando dentro da tese do garantismo, a teoria da ponderação de bens deve ser utilizada para resolver conflitos entre os princípios penais de natureza constitucional. Isso porque, segundo o autor, o direito processual penal representa a essência da colisão de princípios constitucionais, como pode ser visto no conflito entre o princípio da liberdade e o da segurança pública.

Varalda¹⁴² argumenta que as constrações entre princípios são admitidas no direito constitucional e processual, como pode ser visto com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, segundo o autor, é impossível negar a restrição da presunção de inocência, visto que a sua aplicação absoluta inviabilizaria o princípio da investigação e da própria segurança jurídica.

Diante disso, torna-se imprescindível a utilização da teoria da colisão de princípios fundamentais de Robert Alexy¹⁴³. Para essa teoria, as regras distinguem dos princípios, na medida em que as primeiras possuem caráter definitivo, fazendo com que a forma de aplicação se dê por meio da regra da subsunção. Já os princípios são considerados *mandados de otimização*, sendo natural a colisão com outros princípios sem que haja invalidade de um deles, fazendo com que a forma de aplicação seja por meio de ponderação.

Assim, para a teoria de Alexy, a solução para a colisão desses princípios estaria no princípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), já que estes devem ser realizados na medida do possível. Em suas palavras, *“a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”*¹⁴⁴.

A seguir, serão expostas reflexões sobre a duração temporal da presunção de inocência, a fim de que se alcance uma solução que respeite a ponderação dos princípios envolvidos, buscando a menor violação possível dos dois princípios em conflito.

¹⁴¹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

¹⁴² VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 72.

¹⁴³ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 37.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 117/118.

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que frequentemente vem sendo questionando e debatido pela doutrina sobre o marco processual da presunção da inocência, gerando polêmicas até os dias de hoje.¹⁴⁵

A questão é saber até que ponto do *iter* recursal se estende a presunção de inocência. Caso se entenda que os recursos extraordinário e especial impedem o trânsito em julgado, vigorando ainda a presunção de inocência, seria o mesmo que dizer que estes recursos possuem efeito suspensivo, a despeito do teor do art. 637 do CPP¹⁴⁶ e art. 27, §2º da Lei 8.038/90^{147, 148}.

Naquela oportunidade, em simpósio em homenagem a Afrânio Silva Jardim, Ada Pellegrini Grinover sustentou que o trânsito em julgado das decisões do segundo grau ocorre com a inadmissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Assim, somente o recebimento desses recursos teria o condão de suspender a prisão em virtude da condenação, não ocorrendo o mesmo em relação ao agravo interposto contra a decisão que não os admite¹⁴⁹.

Segundo esse entendimento, a presunção da inocência só desaparece após a constituição da coisa julgada material, que ocorre com o conhecimento e rejeição extraordinário ou especial, com sua não interposição ou com o julgamento e a rejeição do agravo interposto para o recebimento dos referidos recursos¹⁵⁰.

Carvalho¹⁵¹ reconhece que o prolongamento das lides é indesejável e colabora para impunidade, fazendo com que as indagações apresentadas por Afrânio Silva Jardim sejam muito pertinentes. Entretanto, argumenta que o princípio constitucional não pode ter a sua interpretação limitada. Isso porque, na sua visão, o instrumento correto para evitar a inaplicabilidade da lei penal e a consequente impunidade seria o da prisão preventiva durante o processo.

¹⁴⁵ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

¹⁴⁶ Atr. 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.

¹⁴⁷ §2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

¹⁴⁸ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

¹⁴⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

¹⁵⁰ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

¹⁵¹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

Todavia, o autor aduz que o ideal seria que a Constituição tivesse apenas expressado o princípio em termos genéricos, não fixando marco processual, a fim de que a jurisprudência pudesse adequá-la melhor. Assim como fez a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, n. 2¹⁵², ao prever que a presunção de inocência dure até que se comprove a culpabilidade, permitindo que regras infraconstitucionais estabeleçam quando terminaria a presunção por meio dos freios atribuídos aos vários recursos¹⁵³.

Como já visto, nota-se que não apenas a referida Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também outros tratados internacionais que positivaram expressamente a presunção de inocência, não mencionam o trânsito em julgado para ser comprovada a culpa. Apenas determinam que a presunção de inocência deve perdurar até que se comprove a culpabilidade, respeitando as garantias de defesa do indivíduo e o devido processo legal.

Neste sentido, Sergio Moro menciona a possibilidade da prisão após a sentença condenatória segundo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a relativização do princípio da presunção de inocência após a sentença condenatória em primeiro grau (com a inversão do ônus da prova) que se opera nos Estados Unidos:

Apenas, como exemplo, é oportuna a referência do art. 5º, I, 'a', da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, motivo suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição de um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, tem ele o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, 'n', e Rule 46, 'c', da Federal Rules of Criminal Procedure.¹⁵⁴

¹⁵² “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2015.

¹⁵³ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

¹⁵⁴ MORO, Sérgio Fernando. *O processo penal no crime de lavagem de dinheiro*. In BALTAZAR JR., José Paulo (org.). *Lavagem de dinheiro – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 199.

Javier Rodriguez¹⁵⁵ destaca que a presunção de inocência definida nas Convenções Internacionais¹⁵⁶ não impede a privação de liberdade durante o processo, reconhecendo, entretanto, a sua influência na regulação da prisão provisória.

Ainda, Varalda¹⁵⁷ alega que nem mesmo a Declaração Universal de Direitos Humanos pretendeu exagerado dimensionamento do princípio, que impedisse qualquer restrição da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já que a proibiu em seu art. 9º¹⁵⁸ apenas as prisões arbitrárias.

Isso pode ser explicado pelos ensinamentos de Sérgio Moro¹⁵⁹, o qual aponta que a presunção de inocência não esteve vinculada historicamente aos efeitos de recursos, mas ao *standard* de prova necessária para a condenação, protegendo os direitos do acusado antes do julgamento.

Dessa forma, na visão do autor, a espera do trânsito em julgado para que a decisão tenha eficácia acaba transformando as sentenças condenatórias em meros pareceres jurídicos, além de desconsiderar todos os problemas conhecidos do nosso sistema de justiça, agravando a morosidade com a prodigalidade recursal e colocando em sério risco a efetividade do processo criminal¹⁶⁰.

Apesar de ser possível a interposição de recursos às Cortes Superiores que suspendam os efeitos da condenação, quando apurada a plausibilidade da tese jurídica, Sérgio Moro¹⁶¹ alerta que não devemos transformar a regra em exceção, transformando a suspensão em efeito automático do recurso.

Como será visto a seguir, para estes autores, a comprovação da culpabilidade respeitando as garantias do acusado não necessita da formação da coisa julgada material. Para melhor compreendermos em qual momento se daria essa comprovação

¹⁵⁵ RODRIGUEZ, L.L.M., Javier Llobet. *apud* VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 60/61.

¹⁵⁶ Art. 5, inciso 4 e art. 7, inciso 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 10, inciso 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 5, inciso 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹⁵⁷ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 73.

¹⁵⁸ Art. 9º - Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado. (ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 17.04.2016.

¹⁵⁹ MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

¹⁶⁰ MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

¹⁶¹ MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

da culpabilidade, precisamos atentar para as regras de nosso sistema recursal brasileiro, principalmente em relação aos recursos extraordinários e especiais.

É sabido que o duplo grau de jurisdição é garantia de grande relevância em nosso sistema penal, visto que possibilita a revisão do julgado contrário aos interesses individuais. Para isso, é necessário que o recurso seja analisado por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional¹⁶².

Conforme leciona Pacelli¹⁶³, a revisão do julgado possibilita a reapreciação da matéria de fato e de direito por número maior de juízes, cuja formação exhibe, em regra, maior experiência judicante. Isso faz com que o número de erros judiciais diminua bastante, revelando-se algo bastante positivo.

Nessa linha de raciocínio, a imposição de prisão fundamentada em sentença condenatória de primeiro grau não se mostra a opção mais segura, visto que há chance de ser modificada pelo Tribunal *ad quem*.

Da mesma forma, para Batisti¹⁶⁴, a conjugação definitiva da culpa coma primeira decisão judicial enseja problema em face da presunção de inocência. Isso porque se o recurso for provido com a conseqüente absolvição do acusado, o início de cumprimento de pena na pendência do recurso representa violação da presunção de inocência. A partir disso, conclui-se que, sendo o recurso inerente ao processo e garantido em nosso ordenamento jurídico, não é possível impor ao acusado condenado em primeiro grau, tão logo, o cumprimento da pena, enquanto houver recurso pendente.

Para a mesma corrente doutrinária, o mesmo não pode ser dito com relação às sentenças confirmadas pelos Tribunais de Apelação. Isso porque as instâncias extraordinárias não podem ser vistas como terceiro e até quarto grau de jurisdição (como lamentavelmente ocorre no Brasil). Conforme leciona Pacelli¹⁶⁵, a justificação de tais recursos (recurso extraordinário e/ou recurso especial) é distinta daquela do duplo grau, de modo que:

¹⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 886.

¹⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 886.

¹⁶⁴ BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba. Juruá, 2009. p. 226.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 886/887.

A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja, a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.¹⁶⁶

Além disso, como afirmam, o fato de não ser possível analisar questão probatória nesses recursos, conforme a Súmula 7 do STJ¹⁶⁷ e a Súmula 279 do STF¹⁶⁸ já demonstra que a culpabilidade com relação à matéria de prova já está formada, enquadrando-se nos limites propostos pelo princípio da presunção de inocência dos diversos tratados internacionais.

Desta forma que se constrói a tese de que a menção ao trânsito em julgado poderia aludir à simples confirmação do julgamento pelo Tribunal Revisor, sem qualquer violação ao princípio instituído nos instrumentos internacionais.

Do mesmo modo, Batisti¹⁶⁹ alega que se deve levar em conta que o Brasil possui recursos de natureza ordinária e extraordinária. Esses últimos possuem algumas especificidades, pois se destinam a verificar a compatibilidade com o direito, sendo invariavelmente vedada a reapreciação de provas. Assim sendo, para o autor, a presunção de inocência não poderia prevalecer nesse momento, sob pena de dar um alargamento ao princípio que não existe em vários países democráticos.

Batisti¹⁷⁰ argumenta que o recurso de índole extraordinária possui a função de assegurar a unidade do direito, a fim de que seja aplicado com a mesma conformidade. Dessa forma, os Tribunais encarregados dessa análise não se convergem em terceiro ou quarto grau de jurisdição, mas apenas objetivam corrigir erros de interpretação para uniformizar a jurisprudência, atingindo apenas reflexamente ao recorrente. Assim não haveria redução do direito de defesa, visto que a alusão a erro de direito também pode ser feita por meio de liminar em *habeas corpus*,

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 886/887.

¹⁶⁷ Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=7&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em 26.08.2015.

¹⁶⁸ Súmula 9: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300. Acesso em 26.08.2015.

¹⁶⁹ BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba. Juruá, 2009. p. 227.

¹⁷⁰ BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba, 2009. p. 227/228

podendo, assim a qualquer momento, cessar o cumprimento de pena após a condenação, confirmada por Tribunal.

No mesmo sentido, Gonçalves¹⁷¹ afirma que o fato de os recursos especial e extraordinário impedirem a pronta execução da pena confirmada pelos tribunais de segundo grau, faz com que o ajuizamento desses recursos ao STJ e ao STF seja menos utilizado para assegurar a unidade da aplicação do direito federal ou para verificar a constitucionalidade da lei penal, e mais para procrastinar o trânsito em julgado da condenação, obtendo a prescrição. Por essa razão, o autor defende que o prazo da prescrição não deve fluir enquanto pendente apenas o julgamento de recurso especial ou extraordinário.

O que pretendem esses autores é defender que o princípio da presunção de inocência não se estende até os recursos de natureza extraordinária, visto que a comprovação da culpabilidade ocorre com a impossibilidade de interposição de outro recurso ordinário.

Como querem, o uso da expressão *trânsito em julgado* na Constituição Federal deve ser interpretado em conformidade com as regras derivadas dos instrumentos internacionais. Por conseguinte, é perfeitamente defensável que o recurso que impede o trânsito em julgado é apenas o recurso ordinário.

Nesse sentido, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna¹⁷², ao analisarem a forma como o princípio foi disposto na Constituição (até o Trânsito em julgado), questionam como a presunção de inocência poderia prevalecer com a existência de uma sentença que analisou a fundo questões de todas as circunstâncias do caso concreto.

Eles argumentam que não há razões para impedir a execução do julgado pendente apenas o recurso especial e extraordinário. Isso porque além de tais recursos não terem efeito suspensivo, tornando a decisão do tribunal a *quo* plenamente exequível, estes são cada vez mais encarados como medidas excepcionais, possuindo menos relação com a correção do caso concreto e mais com a preservação do ordenamento jurídico. Ainda, alegam que o fato de a Lei de

¹⁷¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007, p. 125/126.

¹⁷² BEDÊ JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

Execução Penal ser aplicável para os presos provisórios demonstra a possibilidade da execução provisória no processo penal.¹⁷³

Pacelli também faz a seguinte ressalva quanto à interpretação que se dá à presunção de inocência:

De se ver , no ponto, que a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que –sabe se, a mais não poder – toda decisão dos tribunais superiores, seja para apreciar, seja para rejeitar o cabimento do recurso especial ou extraordinário, pode levar muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária (primeiro e segundo grau). O Direito, enquanto conjunto de regras, há que se manter aberto às exceções inerentes à complexidade do mundo da vida e da diversidade histórica.²¹⁸ (sem grifo no original).¹⁷⁴

O autor pondera que o direito deve estar sempre aberto às exceções, citando os casos em que não se questiona a autoria e a materialidade do fato criminoso, nos quais a interposição dos recursos especiais e extraordinários, agravos contra o seu indeferimento e os infundáveis embargos de declaração são utilizados como único propósito de protelação do trânsito em julgado, ocasião em que não deveria ser impedida a execução.²¹⁹

Entretanto, o autor alega que a atual redação do art. 283 do CPP¹⁷⁵ impede qualquer possibilidade para a execução provisória em matéria penal. Complementa dizendo que a interpretação está absolutamente correta, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar, jamais descumprir.

Há posições menos radicais da redução da duração da presunção de inocência, como a exposta por Carvalho¹⁷⁶, de que seria plausível a desconsideração do princípio quando nem a autodefesa ou a defesa técnica utilizam tese que possa livrar o réu de condenação. Nesses casos, os recursos extraordinário e especial teriam o efeito apenas devolutivo, fazendo com que a sentença condenatória ou o acórdão virasse

¹⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 499.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 607.

¹⁷⁵ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL. Código de Processo Penal, 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 22.02.2017).

¹⁷⁶ BELLAVISTA, Giralamo *apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

título executivo. O único obstáculo dessa interpretação seria a possibilidade de absolvição de ofício por parte do tribunal que estiver examinando o recurso.

Ainda, Carvalho¹⁷⁷ faz a ressalva de que as normas e princípios não podem ser interpretados de forma isolada do mundo real:

Concorda-se que uma coisa é presumir a inocência de todos, especialmente daquele que está afirmando sua própria inocência; outra coisa é continuar presumindo a inocência de quem, além de já condenado pela segunda instância ou pelas duas instâncias, não está mais lutando por tese que evite a sua prisão.¹⁷⁸

Entretanto, o autor acredita que a presunção de inocência deve perdurar até o trânsito em julgado, já que não possui força para se sobrepor ao texto constitucional, indicando que a solução estaria nas mãos do Poder Legislativo e não do Judiciário.¹⁷⁹

É inegável que se analisarmos literalmente o dispositivo constitucional da presunção de inocência, chegaremos à conclusão de que este entendimento é o correto. Parece sim, que a solução para esse problema está nas mãos do Poder Legislativo. Entretanto, não impede que o princípio seja alvo de críticas, já que é perfeitamente cabível a sua alteração nos termos propostos pela doutrina citada, pois segundo afirma, isso não afeta o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência.

Ainda, argumentam esses autores que fechar as portas para uma possível restrição do seu alcance nas esferas extraordinárias seria ignorar completamente a realidade problemática que vivemos atualmente, de interposição de infinitos recursos com o intuito apenas protelatório, cumulada com a morosidade da Justiça. Que pode levar à prescrição da pretensão punitiva ou executória dos delitos, afetando, indiretamente, os direitos fundamentais e o dever de eficácia da persecução penal, também garantida em nossa Constituição.

Como lecionam a aplicação absoluta da determinação literal do princípio da presunção de inocência acaba por aferir o sistema de ponderação e proporcionalidade

¹⁷⁷ BELLAVISTA, Giralamo *apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

¹⁷⁸ BELLAVISTA, Giralamo *apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

¹⁷⁹ BELLAVISTA, Giralamo *apud* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

da teoria de Alexy, já que não se está levando em conta que essa interpretação do princípio está violando outros direitos fundamentais.

Varalda¹⁸⁰ alerta que o princípio possui valor político, não podendo suas implicações serem consideradas absolutas. Em outros termos, apesar de possuir amplo significado, seja como regra de tratamento ou juízo, não se trata de declaração em benefício exclusivo de um cidadão, de modo que, “o referido princípio, enquanto tratamento dispensado ao suspeito ou acusado antes de sentença condenatória definitiva, tem natureza relativa”.

O autor menciona que a relativização do princípio da presunção de inocência só é possível caso esteja baseada numa dedução de fatos demonstrados com mínima atividade probatória.¹⁸¹

A ideia defendida exige mais do que mínima atividade probatória para a restrição do princípio, reclama sim, com a confirmação da sentença condenatória pelo segundo grau de jurisdição.

Nesse sentido, Varalda transcreve interessante trecho do pronunciamento de Marcus Vinicius Reis Bastos, no Seminário Internacional intitulado Propostas para um novo modelo de persecução criminal—combate à impunidade, nos dias 5 e 6 de 2005, no auditório do Superior Tribunal de Justiça:

A exigência do trânsito em julgado para a admissão da execução da pena, exceção feita as hipóteses em que a materialização da reprimenda se dê em benefício do réu-condenado, significa retirar da jurisdição criminal o pouco de efetividade que lhe resta. É que nosso processo revela-se excessivamente burocrático e formal, características que contribuem decisivamente para a sua lentidão. Exigir, para o desencadear da execução pena, o exaurimento de todos os graus de jurisdição, que em alguns casos pode chegar a quatro, significa protelar para data incerta e absolutamente distante da data do cometimento do ilícito, a aplicação da sanção penal.¹⁸²

Como querem, a presunção de inocência não deve ser relativizada antes do julgamento, devendo perdurar até a comprovação da culpabilidade com o respeito das garantias de defesa. Ocorre que o marco delimitado para o fim da presunção de inocência foi fixado exacerbadamente pela nossa Constituição até o trânsito em

¹⁸⁰ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 64.

¹⁸¹ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 67.

¹⁸² VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública*. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris. p. 152/153.

julgado, sem medir os incontinentes prejuízos. Considerando nosso sistema recursal, a comprovação da culpabilidade não condiciona a espera dos recursos de natureza extraordinária, já que o duplo grau de jurisdição não atinge as decisões de nossos Tribunais Superiores na análise de recursos extraordinários e especiais, não havendo razões para a prevalência da presunção de inocência nesta fase processual.

2. O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Como foi dito ao final do capítulo anterior, o S.T.F. sempre entendeu pela não execução provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, o STF parece ter rompido com a tradição a respeito do tema, como veremos adiante.

O Supremo Tribunal Federal já teve entendimento, como por exemplo, no ano de 2007, no julgamento do Habeas Corpus nº 90645/PE, em que decidiu que a jurisprudência da Corte em questão seria no sentido de que o recurso especial ou extraordinário não obstaría a execução imediata da pena, ante a ausência de efeitos suspensivos.

Como se pode inferir da ementa ¹⁸³ da decisão:

EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. Habeas corpus indeferido.

(STF - HC: 90645 PE, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 11/09/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227 RTJ VOL-00205-01 PP-00260)

Mas o julgamento em tela é uma exceção em relação ao posicionamento que o STF vinha tomando. Neste, foi decidido que por serem os recursos especiais e extraordinários excepcionais e sem caráter suspensivo, a execução provisória da pena não implica em violação ao princípio da presunção de inocência.

Segue parte da decisão do Ministro Menezes Direito:

Há precedentes que indicam que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que os recursos especial e extraordinário não tem efeito suspensivo, são excepcionais. A outra corrente entende que não, que nesses casos se admite até mesmo a prisão preventiva, mas não se admite o início da execução da pena (...). Entendo que, não tendo os recursos especiais e extraordinários

¹⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727358/habeas-corpus-hc-90645-pe/inteiro-teor-103113573?ref=juris-tabs#>> Acesso em 24.02.2017.

efeito suspensivo do julgado, não há razão, pelo menos, de alegar-se o ferimento do princípio da inocência com o início da execução da pena.¹⁸⁴

E acompanhando este entendimento votaram a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Carlos Britto. No entanto, o Habeas Corpus foi julgado por maioria de votos, demonstrando a não unanimidade desta corrente, eis que o Ministro Marco Aurélio se posicionou de forma diversa, tendo seu voto vencido.

Isto demonstra que embora o STF tivesse um entendimento tradicional, já houve um julgamento em que o Supremo rompeu com esta tendência. Inclusive, a decisão mencionada foi dada no ano de 2007, data posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto o princípio da presunção de inocência.

Veremos a seguir se este entendimento se consolidou ao longo da trajetória do STF após a CF de 88 ou permaneceu a tradição do entendimento anterior.

2.1 A TRAJETÓRIA DO STF A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A trajetória do Superior Tribunal Federal será vista através de julgados que demonstram a forma como o órgão passou a julgar casos em que foi debatido o princípio da presunção de inocência.

Em 1992, o STF julgou o Habeas Corpus nº 69/298/RJ que dizia respeito à utilização de ações em curso, arquivadas ou não, para a configuração de maus antecedentes na dosimetria penal.

Adotou-se o entendimento, por decisão não unânime, de que somente condenações que tivessem transitado em julgado justificariam a exacerbação da pena, tendo em conta a superação da presunção “juris tantum” da não culpabilidade.

O Ministro Relator Ilmar Galvão, teve seu voto vencido eis que adotou o entendimento diverso, afirmando que inquéritos policiais, mesmo que arquivados, serviriam para fins de configuração de maus antecedentes do réu a ser julgado.

Este primeiro julgado trazido demonstra que, mesmo após a promulgação da

¹⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727358/habeas-corpus-hc-90645-pe/inteiro-teor-103113573?ref=juris-tabs#>>>. Acesso em 24.01.2017.

Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência ainda gerava divergência em seu entendimento, claramente não havendo a pacificação sobre sua aplicabilidade efetiva. Desta forma, a análise era caso a caso das demandas que envolviam o princípio, sendo as decisões não unânimes.

Abaixo colacionamos o voto do Ministro Celso de Mello¹⁸⁵, que ensejou aos demais Ministros a acompanharem seu voto:

Tenho para mim na linha de decisão que já proferi nesta Suprema Corte (RTJ136/627), que a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais, ou a persecuções criminais ainda em curso, não basta, por si só – ante a inexistência de condenação penal transitada em julgado – para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Na realidade, a simples existência de situações processuais ainda não definidas revela-se insuficiente para legitimar a recusa jurisdicional de determinados benefícios legais que só podem ser negados áqueles que já sofreram condenação penal irrecorrível (...). A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais – ou, ainda, a persecuções criminais de que não reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção “*juris tantum*” de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII).

Já em 1994, percebemos que tal compreensão veio sendo aplicada de forma mais pacificada e com menos divergências. Uma decisão neste ano firmou o entendimento de que a decretação da prisão preventiva, desde que fosse legalmente estabelecida na presença de todos os seus requisitos, não afrontaria o princípio da presunção de inocência.

O Habeas Corpus nº 70.486/7/PB tinha como objeto a descaraterização da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, sob o argumento de que a decisão padeceria de fundamentação legal, afrontando assim o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, de modo unânime o Writ foi negado ao fundamento de que o decreto estaria em total conformidade com a lei e os requisitos necessários à sua aplicação, como descreve parte da decisão¹⁸⁶: “Por outro lado, já se firmou o entendimento desta

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%20+inoc%20E29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnoj> > Acesso em 25/06/2016. p.414 e 415.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%20+inoc%20E29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnoj> > Acesso em 25/06/2016. p.6.

Corte no sentido de que a prisão preventiva não entra em choque com o princípio da presunção de inocência que a Constituição consagra”.

Em seguida, no ano de 2006, o julgamento do Habeas Corpus nº88.413-0/MG, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime pela concessão da ordem para fins de trancamento da execução da pena provisória, até o seu trânsito em julgado.

O caso em questão versava sobre uma condenação de 01 (um) ano de detenção em regime inicial aberto e 10 (dez) dias-multa, a qual foi substituída por prestação pecuniária a ser paga em favor de entidade beneficente. Após a apelação não ser provida, o Juízo de primeira instância ordenou a expedição de mandado de intimação para que se efetuasse o pagamento da prestação pecuniária, sob pena de convertê-la em restritiva de liberdade.

Desta forma, o paciente impetrou o Habeas Corpus em questão, requerendo a suspensão da execução provisória de prestação pecuniária, eis que a decisão não havia ainda transitado em julgado, não sendo concedido pelo relator. Na ocasião do julgamento no STF, o ministro Cezar Peluso, como relator, deferiu liminarmente o pedido, sob o entendimento colacionado abaixo:

Esta Corte consolidou o entendimento de que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer o Habeas Corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar (súmula 691). Ocorre que, na espécie, a liminar indeferida sufragou decisão que colide, frontal e claramente, com a orientação adotada pela Primeira Turma desta Corte, como se vê ao julgamento do HC nº 84.677 (Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluzo, DJ de 08.04.2005).

AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direito. Decisão impugnada mediante recurso especial, pendente de julgamento. Execução provisória, Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Voto vencido. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs. (STF – HC 84677 RS, Relator: EROS GRAU. Data do julgamento 23/11/2004, Primeira Turma, Data de Publicação DJ 08-04-2005. (Grifo nosso).¹⁸⁷

Pode-se perceber que neste período havia se consolidado o entendimento de que a execução provisória da pena, ou seja, a execução de pena sem trânsito em julgado, feria o princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, inadmissível.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%E3o+inoc%EAncia%29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnj> > Acesso em 25/06/2016. p.4.

Veremos mais adiante, em tópico específico, que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, consagrou entendimento diverso e retrógrado.

No ano de 2008, há outra decisão reafirmando o entendimento, no julgamento do Habeas Corpus nº 92.284/ES, de que o decreto da prisão cautelar se respeitados os requisitos legais, estando em conformidade com os preceitos definidos em lei, e nunca baseados em meras conjecturas, não afronta o princípio da presunção de inocência. Isto se dá pelo fato de que a previsão desta decretação resulta do próprio texto constitucional (art. 5º LXI da CF).

No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que não houve o preenchimento dos requisitos da prisão cautelar:

A prisão processual, para legitimar-se em face do nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu (...). A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizado pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infringir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.¹⁸⁸

Assim, se faz imprescindível que as decisões da decretação da prisão preventiva sejam fundamentadas e em conformidade com os requisitos legais. Deve-se demonstrar a real necessidade da segregação cautelar do acusado. Desta forma, não há que se fazer qualquer arguição de ofensa ao princípio da presunção de inocência, haja vista que a prisão cautelar não tem, e nem deve ter, qualquer caráter de antecipação de pena.

Também no ano de 2008 o Ministro Eros Grau proferiu decisão no Habeas Corpus nº 84.078/MG, que foi reproduzida em vários julgados posteriores. Nesta o

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%E3o+inoc%EAncia%29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnj> > Acesso em 25/06/2016.

Ministro afirma a impossibilidade da execução provisória da pena pela ofensa ao princípio constitucional de presunção de inocência.

Segue parte do voto¹⁸⁹ do Ministro:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

Deste modo, se infere que foi concedido o writ para que o paciente pudesse aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória, ante a vedação de execução da pena privativa de liberdade antes deste fato.

Em 2014, há um caso que chama atenção onde a instrução processual perdurava por quase 05 (cinco) anos, estando o paciente preso preventivamente por cerca de 04 (quatro). Impetrou-se o Habeas Corpus nº 100.529/RJ, sob o argumento de excesso de prazo.

O Supremo Tribunal Federal esclareceu que, muito embora se trate de um caso de estupro contra a própria filha, menor de idade, caso este que causa repulsa e indignação, não é razoável que uma instrução processual perdure por mais de 05 (cinco) anos.

Acerca deste entendimento, trago trecho da decisão exarada pelo Ministro Eros Grau:

O paciente está preso preventivamente desde o dia 12 de dezembro de 2014 sem que a instrução processual chegue ao fim. Abstraido o tempo de fuga, que perdurou por um ano, não há justificativa plausível para que a instrução criminal perdure por mais de cinco anos. A permanecer essa situação, o paciente cumprirá antecipadamente, pena que eventualmente lhe venha ser imposta, consubstanciando nítida violação do princípio da presunção de inocência. O crime imputado é grave, repugnante, hediondo. Isso, contudo, não justifica a prisão cautelar, cujos requisitos são outros. O parecer

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf> > Acesso em 24/01/2017.

ministerial é expressivo no sentido de que a prisão preventiva no caso é, por sua excessiva duração, irrazoável, e, por conseguinte, injustificada.¹⁹⁰

O paciente estava a cumprir antecipadamente uma pena que poderia lhe ser imposta (ou não), o que não é o propósito da prisão cautelar.

Diante de tais razões expostas, o writ foi concedido para que o paciente fosse posto em liberdade ante o reconhecimento do excesso de prazo para o encerramento da instrução processual.

Em 2010, o STF julgou o Habeas Corpus nº 99717/DF, tratando de tráfico de entorpecentes, no qual o Ministro Relator Ricardo Lewandowski ratificou o entendimento do Ministro Eros Grau em 2008, acerca da execução provisória da pena, sem o preenchimento dos requisitos da prisão cautelar, que ofende o princípio da presunção da inocência, conforme ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIMINAR QUE CONCEDE A LIBERDADE PROVISÓRIA E POSTERIORMENTE É CASSADA. PRISÃO DETERMINADA NO JULGAMENTO DE MÉRITO DO WRIT IMPETRADO NA CORTE LOCAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO. VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I – Não obstante a jurisprudência majoritária desta Corte ser no sentido de que no crime de tráfico de entorpecentes não cabe liberdade provisória, o caso dos autos revela excepcionalidade a justificar tal hipótese. II – Paciente que teve liberdade provisória concedida em razão de liminar deferida em habeas corpus, sendo a prisão preventiva determinada no julgamento de mérito da impetração, sem qualquer dos fundamentos elencados no art. 312 do CPP. III – O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. IV – Ordem concedida.

(STF - HC: 99717 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/11/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010 EMENT VOL-02438-01 PP-00042)

Demonstrando, desta forma, que a tendência do STF era julgar de acordo com o entendimento antes firmado, reproduzindo o julgamento do Ministro Eros Grau no Habeas Corpus nº 84.078/MG.

No ano de 2012, o STF reconheceu, na decisão do Habeas Corpus nº 108.026/MS, a inconstitucionalidade da norma legal que veda a substituição da pena

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%E3o+inoc%Eancia%29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnj> > Acesso em 25/06/2016. p. 9.

privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos crimes tipificados no art. 33, caput, e §1º, 34 e 37 da Lei 11.343/2006 (Lei de drogas), bem como reafirmou a impossibilidade do uso de ações criminais em andamento para fins de caracterização de maus antecedentes.

O pedido em questão versou sobre a possibilidade de o paciente ter a pena corporal, privativa de liberdade, convertida em restritiva de direitos ante o seu enquadramento nos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal. Também pleiteava a impossibilidade da majoração pela existência de ações criminais sem o trânsito em julgado.

A Suprema Corte consolidou o entendimento de que não há fundamentos válidos a sustentar a vedação constante no art. 44 da Lei de Drogas, tornando-se a norma inconstitucional, visto que violaria frontalmente postulados constitucionais de individualização da pena e também da proporcionalidade.

Segue parte da decisão do Ministro Relator Celso de Mello:

Tenho entendido que referida cláusula vedatória configura indevido obstáculo legal, em tudo incompatível com o postulado constitucional da individualização da pena. Não foi por outra razão que, ao votar no julgamento plenário do HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, enfatizei que a expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, inscrita no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 e reproduzida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, está em frontal colidência com o que dispõe a Constituição da República (art. 5º, XLVI). Importante ter presente, no caso, quanto à Lei nº 11.343/2006, que o seu art. 44 (e também o § 4º do seu art. 33) proíbe, de modo abstrato e “a priori”, a substituição, por penas restritivas de direitos, da pena privativa de liberdade nos “crimes previstos nos art. 33, ‘caput’ e § 1º, e 34 a 37 desta Lei”. Essa vedação apriorística de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, imposta no art. 44 e no art. 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não pode ser admitida, eis que se revela manifestamente incompatível com o princípio da individualização da pena, entre outros postulados consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito.¹⁹¹

Nessa ocasião, acabou por também reafirmar o entendimento sobre a impossibilidade de majoração da pena pelo uso de ações criminais em curso, ante a nítida violação ao princípio da presunção de inocência, conforme visto anteriormente

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%E3o+inoc%EAncia%29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnoj> > Acesso em 25/06/2016. p.1.

em outro julgado trazido.

Neste sentido, trecho da emenda exarada:

A formulação, contra o sentenciado, de juízo de maus antecedentes, para os fins e efeitos a que se refere o art. 59 do Código Penal, não pode apoiar-se na mera instauração de inquéritos policiais (em andamento ou arquivados), ou na simples existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso. É que não podem repercutir, contra o réu, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, porque inexistente, em tal contexto, título penal condenatório definitivamente constituído. Doutrina. Precedentes (grifo nosso)¹⁹²

Reafirmando tal entendimento, em 2014, há a decisão exarada no Recurso Extraordinário nº 782.649/MS, onde um policial militar tem indeferida promoção ao seu favor, sob o argumento de que haveria procedimento penal em seu desfavor. Ocorre que referida ação estava ainda em curso, sem que houvesse feito coisa julgada, causando assim a nítida violação ao princípio da presunção da inocência.

Segue a ementa da decisão:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL – PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR INDEFERIDA, PELO FATO DE EXISTIR, CONTRA ELE, PROCEDIMENTO PENAL EM FASE DE TRAMITAÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – TRANSgressÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A recusa administrativa de promover policial militar, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra ele, procedimento penal, inexistindo, contudo, condenação criminal transitada em julgado, transgride, de modo direto, a presunção constitucional de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes.

- O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Poder Público trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. Precedentes (grifo nosso).

No mesmo ano, houve o julgamento do Habeas Corpus nº 122.072/SP da relatoria do Ministro Dias Toffoli, que versava sobre a aplicação de medida socioeducativa. Já em fevereiro de 2016, temos a decisão de um Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 943.918/SP, de matéria administrativa, no mesmo sentido, versando sobre a recusa da participação de vigilante em curso de reciclagem,

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%E3o+inoc%EAncia%29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnj> > Acesso em 25/06/2016. p.1.

em virtude de ter contra si uma ação penal, porém, sem o trânsito em julgado.

De modo unânime, o Supremo decidiu que a recusa é ilegal e que afronta brutalmente o princípio da presunção da inocência., haja vista que a ação se encontra em curso e, portanto, não possui trânsito em julgado.

Conforme ementa:¹⁹³

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE. AÇÃO PENAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência dessa Corte é firme no sentido de que viola o princípio da presunção de inocência a negativa de autorização à participação em curso de reciclagem de vigilante com fundamento em inquéritos ou ações penais sem o trânsito em julgado. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

O agravo então foi desprovido, ante a sua total incompatibilidade com a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Com efeito, as decisões aqui expostas tem por objetivo o alinhamento histórico desse princípio na jurisprudência da Suprema Corte brasileira. Logrou-se êxito, no entanto, em reconhecermos que até que um princípio se consagre de forma pacífica, faz-se necessária muita discussão sobre o tema, analisando-se caso a caso.

As decisões acabavam oscilando, eis que as vezes a execução da pena se permitia logo após o julgamento do colegiado, mas na grande maioria das vezes respeitando o trânsito em julgado, e reconhecendo que esta execução provisória feria o princípio constitucional da presunção de inocência, especialmente com o julgamento do HC 84.078/MG de relatoria do Ministro Eros Grau em 2008, cujo voto foi citado inúmeras vezes em outros julgamentos após esta data.

Mas o entendimento que passou a prevalecer a partir de 2016 é no sentido de ser plenamente possível a execução provisória da pena quando houver decisão colegiada confirmatória de sentença condenatória, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126292/SP como analisaremos a seguir.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28presun%E3o+inoc%EAnCIA%29&pagina=30&base=baseAcordaos&url=http://timyuri.com/j8hfnoj> > Acesso em 25/06/2016. p.1.

O Habeas Corpus nº 126292/SP foi impetrado por Maria Cláudia de Seixas, em face de Marcio Rodrigues Dantas. O julgamento foi presidido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski e estavam presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin, bem como o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

O remédio constitucional foi impetrado contra a decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido liminar no Habeas Corpus 313.021/SP.

O Ministro indeferiu fundamentando que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento majoritário de que não é adequado o manejo do Habeas Corpus contra decisão do Tribunal a quo atacável pela via do recurso especial. E que diante desta nova orientação não são mais cabíveis habeas corpus como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos que estão previstos no processo penal. Fato este que não obsta o reconhecimento de eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ, que, no entanto, não restou evidenciada na demanda em questão.

No Habeas Corpus impetrado perante o STF, a impetrante alega a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; pois o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; bem como, que a prisão do paciente não dispensa o trânsito em julgado da condenação, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No dia 5 de fevereiro de 2016 o Ministro Teori Zavascki deferiu o pedido liminar a fim de suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo a Procuradoria-Geral da República se manifestado pela concessão da ordem.

2.2 VOTOS VENCEDORES

O processo em questão diz respeito à um roubo majorado (art. 157, §2º, I e II do CP), onde o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, cumprimento inicialmente em regime fechado, com direito de recorrer em liberdade.

Somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição do mandado de prisão contra o paciente.

Contra a ordem de prisão expedida a defesa então impetrou o Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, na ocasião em que o Ministro indeferiu o pedido liminar, conforme mencionado anteriormente. Fato este que deu ensejo ao Habeas Corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

O voto inicial foi dado pelo Ministro Relator Teori Zavascki, que reconheceu que não se tratando, no caso específico do paciente, de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão se encontrava em confronto com o entendimento do STF, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG que teve como relator o Ministro Eros Grau, no qual firmou-se o entendimento de que a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. E que esta circunstância autorizaria o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.

Ademais, afirmou:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.¹⁹⁴

Aduziu que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988. E que neste panorama jurisprudencial, em caso semelhante ao analisado, a Suprema Corte assentou entendimento no sentido

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10461463. Acesso em 24/01/2017.

de que a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão que em apelação confirmou a sentença penal condenatória, ainda recorrível.

Argumentou que o pleno do STF decidiu que com a condenação do réu resta superada a alegação de falta de fundamentação do decreto da prisão preventiva, de modo que não haveria impedimento para o cumprimento de mandado de prisão, ante a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário. Assim, a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimiria juízo de consistência da acusação, autorizando a prisão como consequência natural da condenação.

Ainda, mencionou que o artigo 594 do CPP, que determina as restrições ao direito de apelar em liberdade foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O Ministro afirmou que, diante da constatação do Ministro Joaquim Barbosa de que apenas 4% dos casos recorridos ao Supremo são providos, salvo os que se tratam de progressão de regime em crime hediondo, resta claro que negar executividade a qualquer condenação enquanto não houver o esgotamento definitivo do julgamento de todos os recursos, ordinários ou extraordinários, estaria por incentivar o propósito protelatório dos recursos com a finalidade de se almejar a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Acerca disto, parte da decisão:

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.¹⁹⁵

Fez ressalvas quanto à possibilidade de ocorrerem equívocos nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias. No entanto, alerta que há vias de se reparar estes equívocos, como por exemplo a impetração de um Habeas Corpus ou medidas cautelares que teriam o cunho de suspender, se necessário, a execução provisória da pena, conforme argumenta:

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10461463. Acesso em 24/01/2017.

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.¹⁹⁶

Por fim, alegou que estas razões expostas em seu voto são suficientes para justificar a restauração do entendimento tradicional da Suprema Corte de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, votou no sentido de denegar a ordem de Habeas Corpus, com a revogação da liminar concedida.

Sucessivamente, no mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin expôs seu voto, iniciando por louvar o voto do Ministro Relator, bem como por tecer considerações acerca da função que desempenha a Suprema Corte de guardião da Constituição Federal.

Adentrando ao tema mencionou:

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.¹⁹⁷

Em seguida o Ministro alegou que não se pode dar a esta regra constitucional caráter absoluto, com a descontextualização deste princípio das demais normas constitucionais de caráter principiológico. Assim aduz que não se pode desconsiderar

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10461463. Acesso em 24/01/2017.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10470945. Acesso em 24/01/2017.

sua necessária conexão a outros princípios e regras também constitucionais, que se levados em consideração com igual ênfase não permitem a conclusão de que a execução da pena privativa de liberdade somente é possível após esgotadas as instâncias extraordinárias.

Seria necessário compreender o princípio da presunção de inocência em harmonia com outras normas constitucionais a fim de considerar o sistema constitucional como um todo.

Trago parte da decisão:

Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia. Também não me refiro ao caso específico dos crimes dolosos contra a vida e à constitucionalmente proclamada soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF) que, a meu ver, opõe-se frontalmente à concepção segundo a qual as decisões condenatórias dos jurados – adjetivadas pela Constituição de soberanas - só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios.¹⁹⁸

O Ministro fez alusão de que os artigos 102 e 105 da Constituição Federal que determinam sua competência não teriam sido concebidos na estrutura recursal para revisar as “injustiças do caso concreto”. E que para isto há um Juízo monocrático e um Colegiado, formado por pelo menos três magistrados, em estágio adiantado de sua carreira, os quais em recurso devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças proferidas em primeira instância.

Desta forma, cabe às instâncias ordinárias a avaliação de provas e definição de versões fáticas, sendo que as Cortes Superiores podem apenas dar nova definição jurídica, mas não novas versões.

Ainda, discorreu acerca da excepcionalidade dos recursos interpostos para a Suprema Corte e para o Superior Tribunal de Justiça:

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10470945. Acesso em 24/01/2017.

O acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais. A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais. Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.¹⁹⁹

Neste sentido argumentou que a opção legislativa adotada de dar eficácia à sentença condenatória confirmada em segundo grau consente com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Defendeu que o trânsito em julgado no ordenamento brasileiro está relacionado com o momento de inércia da parte sucumbente. E que se fosse dado ao artigo 5º LVII da CF caráter absoluto seria necessário admitir que a execução da pena privativa de liberdade só poderia iniciar quando o réu se conformasse com sua sorte. Significaria dizer que a execução desta pena estaria condicionada à concordância do apenado.

Por fim, sustentou que se o princípio da presunção de inocência não cedesse até mesmo depois de uma decisão colegiada a Constituição estaria por adotar uma postura de presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10470945. Acesso em 24/01/2017.

Desta forma, reforça o argumento do Ministro Teori Zavascki de que há outros instrumentos processuais eficazes para conduzir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, e encerrou seu voto acompanhando o voto do Relator.

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu seu voto trazendo um julgado que afirma ser estruturado em três partes. A primeira parte cuida do delineamento da controvérsia, a segunda parte é dedicada à apresentação dos fundamentos jurídicos acerca da possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau, e por fim, a terceira parte expõe os fundamentos progmáticos para o novo entendimento recomendado no voto.

A partir disto, ele abordou as três partes em seu voto, iniciando pela exposição da hipótese, que consiste num resumo do relatório.

Após, mencionou a oscilação do entendimento jurisprudencial do STF sobre esta matéria, conforme parte da decisão:

A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade¹. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp)². Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”³. Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se defende.²⁰⁰

Conforme demonstrou o Ministro a tradição do entendimento era no sentido de que fosse possível a execução provisória da sentença penal condenatória ante a ausência do efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários, no entanto

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

em 2009 com o julgamento do HC de relatoria do Ministro Eros Grau esta tradição mudou, conforme já mencionado anteriormente, interpretando a regra constitucional que prevê o princípio da presunção de inocência com caráter absoluto.

Esta orientação perdurou até a data do julgamento em estudo, ocasião em que o Ministro propôs uma revisão de entendimento.

Posteriormente, mencionou acerca da ocorrência de mutação constitucional, que consiste em transformar o sentido e o alcance das normas constitucionais sem que se opere modificação de seu texto, conforme trecho da decisão:

Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.²⁰¹

Se filiando ao argumento trazido pelo Ministro Relator, afirmou que uma das consequências negativas que se deu após a mutação constitucional ocorrida em 2009, com a mudança de entendimento acerca do tema capitaneado pelo Ministro Eros Grau, foi o aumento do número de recursos protelatórios especiais e extraordinários interpostos.

Acerca da segunda consequência dispôs que:

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.²⁰²

Demonstrou seu ponto de vista de que a mutação ocorrida trouxe a tona a seletividade financeira do sistema penal, no qual os réus com maiores condições podem pagar advogados para defendê-los com recursos sucessivos, enquanto os mais pobres não tem as mesmas condições, diante de sua situação econômica e da estrutura da Defensoria Pública.

Em terceiro lugar, apontou como consequência o descrédito do sistema de justiça penal, impondo um sentimento de impunidade, o que compromete os objetivos da pena, de prevenção geral e especial. E que um sistema de justiça desmoralizado não serve à sociedade e tampouco ao Judiciário e aos advogados:

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.²⁰³

Concluiu, portanto, que diante destes fatores não é possível justificar no cenário atual a leitura conservadora do princípio da presunção de inocência, impedindo a execução, ainda que provisória quando houver pronunciamento de segundo grau no sentido da culpabilidade do agente. Assim, trata-se de mutação constitucional em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.

Em seguida, o Ministro expôs os fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. De início, alegando que o pressuposto para a decretação da prisão não é o trânsito em julgado da decisão, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. De acordo com parte da decisão:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

²⁰³ . BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente conforme se extrai do art. 5^a, LXI, da Carta de 1988. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5^o, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).²⁰⁴

Para se chegar à esta conclusão, citou o artigo 5^o, LVII da Constituição Federal que diz respeito ao princípio da presunção de inocência quando dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, bem como o inciso LXI que admite a possibilidade de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade policial competente. Sugeriu assim que existe possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente, vez que a regra constitucional também regulamenta as prisões processuais típicas.

Cito seu entendimento:

(...) no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5^o deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.²⁰⁵

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

Adiante, utilizando o argumento do Ministro Edson Fachin, alertou que o princípio da presunção de inocência está sujeito à ponderação com outros bens jurídicos constitucionais:

Considerando-se que a Constituição Federal não interdita a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário indagar quais os fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade.²⁰⁶

Assim, afirmou não haver dúvidas quanto a presunção de inocência ou de não-culpabilidade ser um princípio e não uma regra, inclusive mencionando que está sujeito à ponderação pelo instrumento da proporcionalidade.

Neste cenário, alegou haverem duas normas constitucionais em tensão. A primeira delas o princípio da presunção de inocência, que postula que nenhum efeito da sentença condenatória deve ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. E a segunda diz respeito ao interesse constitucional na efetividade da lei penal, tendo como objetivos a prevenção geral e especial, bem como os bens jurídicos tutelados.

Acerca da ponderação o Ministro traz uma reflexão:

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.²⁰⁷

Portanto, a partir da ponderação entre os princípios constitucionais mencionados, segundo o Ministro, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas recurso especial ou extraordinário, não viola a presunção de inocência. Na verdade, a execução da pena justificar-se-ia pela necessidade da promoção de outros bens jurídicos constitucionais.

Adiante o Ministro afirmou que no momento da condenação do réu em segundo grau de jurisdição se estabelecem algumas certezas jurídicas, dentre as quais está a autoria e materialidade do delito e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Deste modo, retardar a execução da pena estaria em contraste com a preservação da ordem pública, fato este que afeta a credibilidade do Poder Judiciário.

Ainda, reforçou o argumento utilizado pelo Ministro Relator, de que há o uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer, conforme já havia mencionado anteriormente quando falou sobre a mudança de entendimento da Corte em 2009.

Citou o princípio da razoável duração do processo que está relacionado com a exigência da sociedade:

É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.

²⁰⁸

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10940219. Acesso em 24/01/2017.

Desta forma, sustentou que a execução da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como exigência de ordem pública, em nome da eficiência e credibilidade do Poder Judiciário.

Por fim, mencionando a terceira parte, apontou como motivos para a mudança do entendimento o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a diminuição da seletividade do sistema criminal, bem como, a quebra do paradigma de impunidade.

O Ministro encerrou seu voto denegando a ordem de Habeas Corpus.

Em seguida, um dos votos que fazem parte dos vencedores, foi o do Ministro Luiz Fux:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada." Não há necessidade do trânsito em julgado.²⁰⁹

O Ministro fez considerações acerca da interpretação da presunção de inocência à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer ad infinitum, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público.²¹⁰

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

Assim, defendeu o Ministro que a interpretação constitucional que se tem dado ao princípio não tem mais respaldo no meio social. Complementou seu voto citando passagem da obra de Konrad Hesse, sustentando que o desenvolvimento da força normativa da Constituição está na presunção de inocência cessar com a comprovação da culpabilidade do agente em segundo grau de jurisdição. Conforme trecho:

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou: "[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa." O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.²¹¹

Diante disto, o Ministro acompanhou o voto dos Ministros Teori Zavascki, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Na sequência, proferiu o voto a Ministra Cármen Lúcia, inicialmente alegando que sempre interpretou o artigo normativo constitucional no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado sem o trânsito em julgado, e não condenado.

Segue trecho da decisão:

Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais. Portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito²¹².

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

Ademais, reiterou o argumento já apresentado anteriormente por outros Ministros de que a Súmula 279²¹³ não permite a revisão de provas no Supremo Tribunal Federal.

Conclui mencionando que a Constituição determina a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação. Assim, votou por denegar a ordem acompanhando os demais Ministros.

Sucessivamente, se deu início ao voto do Ministro Gilmar Mendes. De início fundamentou que os recursos extraordinários e especiais tratam de questões constitucionais e federais respectivamente, não tendo por força de lei efeito suspensivo.

Segue trecho da decisão:

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários. Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.²¹⁴

Fez menção à Lei da Ficha limpa, uma norma constitucional, que mesmo antes do trânsito em julgado a condenação criminal já surte efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito, no entanto não fere a presunção de não culpabilidade.

Argumentou que, no direito comparado nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade. E as que contemplam, na maioria afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

²¹³ O provimento do agravo por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

Para exemplificar mencionou a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição). Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre.²¹⁵

Em suma, afirmou que a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Mesmo assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme o processo se avança e a culpa vai restando comprovada, a lei poderá impor tratamento diferenciado.

O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio²¹⁶.

Ressaltou que se porventura houver a caracterização de abuso na decisão condenatória, estarão a sua disposição outros remédios, além do recurso extraordinário com efeito suspensivo, cautelar, também o Habeas Corpus, argumento que já foi mencionado anteriormente por outros Ministros.

Por fim, também proferiu seu voto no sentido de denegar a ordem.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915613. Acesso em 24/01/2017.

Portanto, os Ministros que votaram a fim de autorizar a execução provisória antes do trânsito em julgado da decisão são os Ministros Teori Zavascki, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Luis Roberto Barroso, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Carmém Lúcia, bem como o Ministro Gilmar Mendes.

2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

O primeiro voto no sentido de respeitar a decisão do trânsito em julgado foi proferido pela Ministra Rosa Weber. Basicamente o seu voto invocou a segurança jurídica, conforme trecho da decisão:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem. Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, embora louvando, como já disse, e até compartilhando dessas preocupações todas – é emblemático o caso que o eminente Ministro Luís Roberto refere, sob a minha relatoria, revelador do uso abusivo e indevido de recursos, e estamos todos os dias enfrentando essa realidade -, eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta. E digo por quê. Colho do voto do Ministro Eros Grau, proferido no HC 84.078 - Tribunal Pleno, Diário de Justiça, de fevereiro de 2010, ou seja, há seis anos -, que por ele foi proposta a revisão da jurisprudência da Corte sobre o tema. E propôs a revisão da jurisprudência da Corte, que, como o Ministro Teori Zavascki acentuou, era firme no sentido da possibilidade de execução da pena na pendência ainda de recursos, vale dizer, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, assim fundamentando: “A execução da sentença, antes de transitada em julgado, é incompatível com o texto do art. 5, LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de Sua Excelência, (no caso o Ministro Sepúlveda Pertence), no julgamento do HC nº 69.964, a seguinte assertiva - (agora, palavras do Ministro Sepúlveda Pertence): "(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que hurlent de se trouver ensemble. (...)”²¹⁷

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10957645. Acesso em 24/01/2017.

Deste modo, optou por manter o entendimento jurisprudencial adotado a 6 anos atrás, alegando que essas alterações afetam a segurança jurídica. Por fim se filiou aos argumentos utilizados em outros julgamentos de Habeas Corpus.

Como por exemplo, o entendimento do Ministro Marco Aurélio em julgamento anterior:

Também o Ministro Marco Aurélio afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao art. 5º da Constituição de 1988, da antecipação provisória do cumprimento da pena. Sigo lendo da fundamentação do HC citado: "Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente -, anoto a circunstância de o vocábulo "antecipada", inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada²¹⁸

Alegando que o tema foi apreciado com profundidade no julgamento anterior firmado, julgou não ser uma solução a alteração da compreensão sobre o texto constitucional. Votou pela concessão do Habeas Corpus.

Em seguida, o voto no sentido do proferido pela Ministra, foi o do Ministro Marco Aurélio. Sustentou que o caso em questão não demonstra motivos para ensejar uma mudança substancial de entendimento:

O caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial. Por que não é um caso à feição dessa mudança? Porque, na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade.²¹⁹

Mencionou seu entendimento no sentido de que o preceito não permite interpretações. Isto se dá pelo fato de que em termos de lição de interpretação e de

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10957645. Acesso em 24/01/2017.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10957645. Acesso em 24/01/2017

hermenêutica temos que o texto é claro e preciso, não pode haver interpretação sob pena de se reescrever a norma jurídica e isto implicaria em reconstrução.

Sustentou que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformada a decisão. No entanto, no caso da execução provisória de pena de liberdade, não há como devolver ao cidadão sua liberdade, devido a mudança de veredito, ou seja, de condenação para a absolvição.

Afirmou que esta mudança levará a grande quantidade de Habeas Corpus impetrados:

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.²²⁰

Por fim, teceu considerações no sentido de que a interpretação do preceito à luz da Carta de 1988, deve ter o significado de evitar que se execute invertendo a ordem natural das coisas, prendendo por uma pena que ainda não é definitiva.

Assim, acompanhou o voto divergente da Ministra Rosa Weber.

Sucessivamente, o Ministro Celso de Mello proferiu seu voto. De início sustentou que a presunção de inocência representa uma conquista histórica dos cidadãos na sua luta contra a opressão do Estado e contra o abuso de poder, conforme se infere do trecho da decisão:

Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). Esse, pois, na lição de doutrinadores – ressalvada a opinião de quem situa a gênese dessa prerrogativa fundamental, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano –, o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado. A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10957645. Acesso em 24/01/2017.

1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.²²¹

Afirma que o princípio da presunção de inocência tem prevalecido nas sociedades civilizadas como um “valor fundamental” e uma “exigência básica” de respeito à dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, a repulsa à esta presunção impõe restrições não autorizadas pelo sistema constitucional, no contexto a Constituição Federal de 1988, de acordo com as palavras do Ministro:

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse²²².

Afirmou que a previsão constitucional da presunção de inocência a consagra como um direito fundamental de qualquer pessoa, independentemente da gravidade do delito que esteja lhe sendo imputado, deve viabilizar uma hermenêutica emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, prevalecendo a prerrogativa de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da decisão, como uma cláusula de insuperável bloqueio de quaisquer medidas prematuras que afetem ou restrinjam a esfera jurídica de qualquer pessoa.

Portanto, entendeu que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar de forma arbitrária qualquer pessoa, lhe negando o exercício pleno de prerrogativas legítimas resultantes do sistema de proteção que foi

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10330659. Acesso em 24/01/2017.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10330659. Acesso em 24/01/2017.

instituído pelo próprio ordenamento e previsto para qualquer pessoa sujeita a atos de perseguição penal.

Neste sentido, afirma que a própria Constituição estabeleceu o princípio de forma nítida:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de perseguição penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²²³

No entanto, afirmou que dar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência não torna inviável a prisão cautelar desde que preenchidos os requisitos para tanto, conforme já mencionado anteriormente por outros Ministros.

Ainda, teceu comentários acerca da previsão do princípio em importantes documentos internacionais:

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado – está consagrada não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, como anteriormente assinalado, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).²²⁴

Ressalta que, o princípio demonstra a mudança da dinâmica acusatória, em que meras conjecturas não se revestem de idoneidade jurídica, e que o ônus de provar

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10330659. Acesso em 24/01/2017.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10330659. Acesso em 24/01/2017.

a culpabilidade recai sobre o Ministério Público, afastando dúvidas razoáveis acerca desta culpabilidade.

Ademais, sustenta que a Lei de Execução Penal impõe como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória o seu necessário trânsito em julgado, para isto colaciona ao seu voto os artigos do referido código:

Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (grifei) Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos: “Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.²²⁵

Diante do mencionado, conclui que qualquer que seja o fundamento invocado, seja constitucional ou de caráter infraconstitucional, não há autorização de nenhuma execução de condenação criminal, ainda que uma simples pena de multa, sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por fim, encerrou seu voto acompanhando a divergência apresentada pelos Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber, deferindo o pedido de Habeas Corpus e mantendo em consequência o entendimento firmado no julgamento do HC nº 84.078/MG de Relatoria do Ministro Eros Grau.

Na sequência, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu seu voto, mantendo o seu entendimento, de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência “estampado com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal”.

Alegou que não vê outro modo de se interpretar esse dispositivo, vez que este é taxativo e categórico. E faz menção ao voto que proferiu no julgamento do HC nº 84.0780MG:

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10330659. Acesso em 24/01/2017.

Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho: Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior. Portanto, este é o ensinamento de três dos maiores processualistas penais de nosso país e que creio que ainda estão em vigor.²²⁶

Como se pode inferir, o Ministro se filiou ao entendimento dos doutrinadores citados de que o efeito suspensivo dos recursos extraordinários decorre da Constituição, devendo as regras da lei ordinária serem revistas à luz da Lei Maior.

Fez menção à sua perplexidade quanto ao entendimento que a Corte está adotando:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.²²⁷

Assim, encerrou seu voto acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Celso de Mello, concedendo a ordem.

Diante de todos os argumentos trazidos durante o julgamento, cabe a seguinte indagação: A decisão vencedora do STF está correta ou errada?

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915614. Acesso em 24/01/2017.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10915614. Acesso em 24/01/2017.

3. O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO EM FACE DOS ARGUMENTOS CONSTANTES DO VOTO VENCEDOR

3.1 A REAÇÃO DA DOUTRINA

Diante do julgamento histórico do STF acerca do tema aqui abordado, os juristas se manifestaram, trazendo argumentos, na sua grande maioria contrários ao veredito dado, conforme veremos a seguir.

3.2. RECURSOS MERAMENTE PROTELATÓRIOS

Pierpaolo Cruz Bottini, professor de Direito Penal na USP, teceu críticas aos argumentos trazidos pelos Ministros no julgamento do HC que autorizou a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De início alega que o STF criou um precedente perigoso ao enfrentar a impunidade com a admissão da prisão de um réu sem que fosse considerado culpado, nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Um dos argumentos trazido pelo voto vencedor do Ministro Relator Teori Zavascki é o da enorme quantidade de recursos meramente protelatórios. Em relação a isso Bottini afirma que esses recursos cabíveis são previstos em lei, e devem ser utilizados pelos advogados sob pena de assistir de forma inepta seu cliente:

Uma: Se os recursos estão previstos em lei, devem ser usados. Se não o forem, o advogado infringe seus deveres profissionais por assistir de forma inepta ao seu cliente. Duas: a mesma legislação prevê filtros para o exagero recursal, como a necessidade de demonstrar a *repercussão geral* do recurso extraordinário e a possibilidade de decisão *monocrática* no *recurso especial* quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido.²²⁸

Assim, afirma que a legislação prevê mecanismos para filtrar a quantidade de recursos, como por exemplo a repercussão geral como requisito para o conhecimento do recurso extraordinário.

²²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>> , Acesso em 07.01.2017.

A seguir, crítica o argumento de que há o Habeas Corpus para eventual correção de injustiças acerca deste tema. Afirma que isto seria possível se os Habeas Corpus substitutivos de recursos especiais e extraordinários fossem admitidos sem restrições nas cortes superiores e no STF.

Nesses casos, a decisão do STF em comento tem violento impacto. Trata-se de réus que jamais seriam presos — ao menos em regime fechado — se as recomendações da corte constitucional fossem seguidas, mas o serão e aguardarão detidos até que os recursos pertinentes sejam julgados. Pode-se argumentar que nesses casos é cabível o Habeas Corpus. Tal assertiva seria correta se os Habeas Corpus substitutivos de *recursos especiais e extraordinários* fossem admissíveis sem restrições nas cortes superiores e no STF. Porém, não o são. Inúmeros julgados não conhecem do remédio nesses casos. Se tal orientação for mantida, da decisão condenatória de segundo grau só caberá recurso especial ou extraordinário, a não ser que o tribunal, *de ofício*, reconheça a ilegalidade. Uma “sinuca de bico” jurídica na qual a liberdade paga o preço da imprecisão legislativa e jurisprudencial.²²⁹

Sobre esta questão afirma que a quantidade de recursos se transformará em grande quantidade de Habeas Corpus:

Por outro lado, uma questão prática. Caso os Habeas Corpus sejam conhecidos, haverá uma *corrida* em sua direção de parte de todos aqueles condenados em segundo grau. Se a pauta do Superior Tribunal de Justiça já verga sob o grande número de Habeas Corpus que aguardam julgamento, o processamento e julgamento dos novos será lento, em velocidade incompatível com a urgência das pretensões. Assim, se o *excesso* de recursos foi identificado como um problema, a decisão ora discutida não será sua solução. Pelo contrário.

Acerca deste argumento se mostra interessante o posicionamento do jurista Thiago Bottino, trazendo estatísticas para avaliar a decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê a seguir:

Pergunte a um advogado criminalista quantas vezes ele reverteu uma condenação em segundo grau por meio de um recurso especial ou extraordinário. Poucas vezes, talvez nenhuma. Os recursos para os tribunais superiores, em matéria criminal, raramente modificam as decisões dos juízes e tribunais. Logo, a decisão do STF não modificará a realidade atual no que diz respeito ao resultado final do processo.²³⁰

²²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>> , Acesso em 07.01.2017.

²³⁰ BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13.02.2017.

Continua, asseverando que é extremamente difícil reverter uma decisão de segundo grau através de um recurso para o STJ ou para o STF, assim sustenta que não houve alteração na realidade do que ocorre no processo criminal. Porém, afirma que a mesma estatística não se aplica pela via do Habeas Corpus:

Agora, pergunte a esse mesmo advogado criminalista quantas vezes ele reverteu as decisões dos tribunais de apelação pela via do *habeas corpus*. Muitas, ele dirá. Há estatísticas que comprovam a afirmativa. No STJ, entre 2008 e 2012, foram providos 27,86% dos HCs para reformar, total ou parcialmente, as decisões dos tribunais de 2ª instância. No STF, outros 8,27%. Números alarmantes se considerarmos que somente se leva aos tribunais superiores, em HC ou RHC, questões de direito (e não valoração de prova), o mesmo objeto dos recursos especial e extraordinário.²³¹

Para ele, a interposição dos recursos especiais e extraordinários, pode ter a finalidade apenas de “ganhar tempo”. Buscando a prescrição ou tempo para que haja o julgamento do Habeas Corpus e a condenação revertida.

No sistema jurídico brasileiro, afirma, os recursos demoram muito a serem julgados nos tribunais superiores, e que isto gera um incômodo legítimo na sociedade.

Porém, ainda que 75% a 80% das decisões não sejam modificadas, sustenta que não é legítimo que o restante dos acusados sofram penas indevidas.

É inegável que, na realidade do sistema jurídico brasileiro, os recursos aos tribunais superiores demoram muito a serem julgados. E que isso gera um incômodo legítimo na sociedade. Mas, embora se possa prever que 75% a 80% das decisões não serão modificadas, isso não justifica que o restante dos acusados deva sofrer penas que, mais tarde, serão consideradas indevidas. Com a decisão de ontem, contudo, a maioria dos ministros do STF optou por assegurar que a maioria dos culpados cumpra as penas que são devidas em um prazo mais curto, ainda que alguns inocentes também precisem fazê-lo por um período.²³²

Adiante, analisa o julgamento do Supremo com base em duas questões:

A primeira questão é que, há bem pouco tempo, em 2009, o mesmo Supremo dissera o oposto. Dissera que era necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena. De 2009 a 2016 houve mudança dos integrantes do STF. Mas não houve mudança da Constituição. Como explicar para a população que

²³¹ BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13.02.2017.

²³² BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13.02.2017.

a cada novo ministro que integrar no Supremo as decisões anteriores podem mudar? Cria-se uma insegurança jurídica. Justamente o contrário da previsibilidade que se espera em um Estado de Direito.

Ainda, quanto ao julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no sentido oposto do adotado no HC 126.292, critica o fato de que não se pode criar insegurança jurídica simplesmente com a mudança dos Ministros integrantes do Supremo.

Ao ser sabatinado no Congresso dos Estados Unidos quando indicado para presidir a Suprema Corte daquele país, John Roberts afirmou que um Juiz não deve votar pela substituição de um precedente apenas porque considera que o julgamento que o estabeleceu foi equivocado. Roberts é conhecido por suas posições conservadoras e a pergunta tratava da possibilidade de mulheres abortarem. Embora pessoalmente contrário a essa decisão anterior da Suprema Corte americana, Roberts demonstra respeito à história da própria instituição. Jurisprudência de Corte Constitucional não é como nossas meias, que trocamos todos os dias.

Ele traz o exemplo de um integrante da Suprema Corte Americana, que afirmou ter respeito à história da instituição quando não vota em sentido contrário a um precedente apenas porque considera o julgamento que o estabeleceu equivocado.

3.3. ARGUMENTO: NECESSIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Luiz Flávio Gomes sustenta que a Constituição Federal foi rasgada, bem como que o julgamento do STF violou a orientação dada pela Corte Interamericana, mas afirma que o sentido do julgamento do Supremo Tribunal Federal está correto.

O STF, em lugar de exigir do Congresso Nacional a explicitação do texto constitucional, optou por bater de frente com a Magna Carta (como disse o ministro Celso de Mello, que ainda afirmou que 25% das decisões são reformadas pelo STF). Rasgou-se a Constituição (tal como está escrita). Em lugar de elucidar, o STF criou polêmica. Mais: violou-se totalmente a jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos²³³.

No entanto, diz que uma Emenda Constitucional seria suficiente para solucionar o problema. Sustenta que há dois sistemas mundiais para se derrubar a presunção de inocência que possibilitam a imediata execução da pena.

²³³ GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana*. Emenda Constitucional resolveria tudo. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-violou-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em 10.02.2017.

A primeira delas consiste no trânsito em julgado final, opção adotada pela Constituição Federal de 1988, e a segunda autoriza a execução após o duplo grau de jurisdição, adotado por quase a totalidade dos países ocidentais.

Na opção feita pela Carta Magna brasileira a pena somente pode ser executada após o esgotamento de todos os recursos. Diferentemente da opção do duplo grau de jurisdição onde se exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias.

Afirma o doutrinador, que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus, buscou alterar a adoção da opção para o duplo grau de jurisdição, autorizando, após a decisão colegiada que confirma sentença penal condenatória, a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Entretanto, para Luiz Flávio Gomes apenas uma Emenda Constitucional que expressamente demonstrasse a mudança de opção para o duplo grau de jurisdição evitaria a afronta à Carta Magna, que ocorreu da forma como o Supremo Tribunal Federal procedeu.

Em relação ao sentido da alteração discorre:

Estou plenamente de acordo com o espírito do julgamento do STF, que está pretendendo dar um basta, embora muito tardiamente, à sensação de impunidade generalizada, sobretudo das pilhagens, corrupção e roubalheiras dos poderosos, leia-se, dos barões ladrões, que são os criminosos donos da “ordem social”, cujo serviçal proeminente é o – indevido – Estado de Direito, que normalmente é o veículo escravizado da ordem social e sua ideologia, salvo em momentos de ruptura, como estamos vendo agora na Lava Jato. Violando flagrantemente a CF (como disseram Celso de Melo e Marco Aurélio) assim como o Sistema Interamericano, o STF não resolveu o assunto definitivamente, visto que ele exige uma rápida Emenda Constitucional (relativamente simples) para solucioná-lo.²³⁴

Deste modo, criticou apenas a forma como a mudança de entendimento foi feita, mas concordou com o novo posicionamento dado à matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Também sobre este tema Thiago Bottino afirma:

A segunda questão está ligada à democracia. O Congresso não pode mudar a Constituição com a finalidade de abolir uma garantia fundamental. A própria Constituição proíbe isso (art. 60, §4º). Logo, o Congresso não poderia alterar o texto constitucional nessa parte para alcançar o resultado de punir alguém

²³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana*. Emenda Constitucional resolveria tudo. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em 10.02.2017.

antes da decisão final. Mas será que o Supremo poderia? Sem alterar o texto, o STF negou a interpretação literal daquele texto que não permite tratar como culpado (logo, executar a pena) antes de uma decisão final.²³⁵

No entendimento do jurista, o Supremo Tribunal Federal negou a interpretação de uma garantia fundamental, que nem mesmo o Congresso poderia alterar, diante da proibição contida na própria Constituição, em seu artigo 60, §4º.

Entretanto, afirma que seria possível alcançar este mesmo efeito pretendido através de alterações de outros dispositivos contidos no texto constitucional, vez que, por exemplo, não há vedação de cláusula pétrea quanto à alteração de existência dos recursos especiais e extraordinários.

No entanto, seria possível alcançar o mesmo efeito alterando outros dispositivos da Constituição. Não há uma cláusula pétrea exigindo a existência dos recursos ao STJ e STF. Portanto, se a sociedade entende que há recursos demais no processo penal, que a decisão dos tribunais de segunda instância devem ser definitivas, o caminho democrático seria, portanto, acabar com esses recursos mediante alteração da Constituição, extinguindo os recursos especial e extraordinário. Justamente o que propôs o ministro Cezar Peluso quando era presidente do STF.²³⁶

Relembra que Cezar Peluso apresentou ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição que eliminava os recursos mencionados. Mas argumenta que o que foi decidido pelo Supremo foi uma forma indireta de alcançar o mesmo resultado. No entanto, antecipando-se ao Congresso, e modificando a interpretação literal de uma norma constitucional cujo teor não permite esta versão.

Os riscos decorrentes de uma leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário em matéria penal são justamente o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no estado como protetor dos direitos fundamentais. Esses riscos só desaparecem quando essa interpretação esteja voltada para a proteção da parte mais frágil na relação entre Estado-acusador e indivíduo-acusado.²³⁷

²³⁵ BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13.02.2017.

²³⁶ BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13.02.2017.

²³⁷ BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13.02.2017.

Alerta sobre o risco de se quebrar a confiança depositada pelo indivíduo no Estado para proteger e garantir seus direitos fundamentais, quando há uma leitura e interpretação moral da Constituição pelo Poder Judiciário.

Conclui afirmando que cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar os direitos que são consagrados no texto da Constituição Federal, bem como a previsibilidade do Estado de Direito e a observância ao princípio democrático.

3.4. ARGUMENTO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Pierpaolo Cruz Bottini ainda menciona, que o argumento trazido no julgamento sobre o fato de o duplo grau de jurisdição ser assegurado com o julgamento do tribunal de segunda instância, autoriza a execução da pena provisória após esta, vez que garante que a decisão foi vista e revista pelo juiz singular e pelo colegiado superior, respectivamente.

No entanto o professor da USP menciona que isto não ocorre nos casos em que há prerrogativa de foro, onde as ações são originárias dos tribunais, conforme se infere do trecho abaixo:

Segundo o entendimento da corte, é na decisão de segundo grau “que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha sido ela apreciada ou não pelo juízo *a quo*”. Isso é verdade na grande maioria dos casos, mas não naqueles em que existe *prerrogativa de foro*, onde o réu é julgado originariamente por tribunais, em contextos nos quais são possíveis decisões injustas, porque não submetidas à revisão de instância. Nesses casos, não existe o *duplo grau de jurisdição*, de forma que a aplicação imediata da pena ou bem cristalizará injustiças, ou bem não ocorrerá, criando-se uma exceção, uma diferença entre esses réus e os condenados comuns, de duvidosa constitucionalidade.²³⁸

Deste modo, o jurista manifestou suas críticas acerca do julgamento histórico do HC n. 126.292.

João Vallois, teceu breves considerações acerca do julgamento, conforme se vê:

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Teoria do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso em 07.02.2017.

A uma, tendo em vista que o direito ao duplo grau já foi assegurado, tal como previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica – em seu art. 8º, n.º2, alínea “h”, acerca do “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (sem destaque à conjunção coordenada alternativa no original). Assim, em um primeiro momento o réu é julgado por um juiz monocrático, que avalia fatos, provas e direito. Em caso de recurso, já em um segundo momento, aquele é julgado por órgão colegiado, competente para análise fática, jurídica e probatória. Ora, note-se que nem a Convenção, menos ainda a nossa Constituição, confere direito a terceiro grau de jurisdição. Nessa vereda, conforme preleciona Arionino Neres, Duplo Grau de Jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior, garantindo um novo julgamento por parte dos órgãos da jurisdição superior, ou órgãos de segunda instância;²³⁹

Em sua fundamentação, percebemos que faz alusão à argumentos trazidos no julgamento, os reafirmando. O primeiro deles refere-se ao duplo grau de jurisdição ser assegurado nos termos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vez que a sentença em primeira instância será baseada em provas e fatos, e revisada pela segunda instância.

O segundo argumento utilizado, diz respeito à ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, conforme se vê:

A duas, porquanto os recursos excepcionais (Especial e Extraordinário) não são dotados de efeito suspensivo. Desse modo, o que o STF apenas fez foi nada além do que ter cumprido o que sempre esteve expresso no texto constitucional, desde 1988, no caso, a possibilidade de se prender alguém por ordem escrita e fundamentada, emanada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CRFB/88).²⁴⁰

Em terceiro lugar, sustenta que não há na Constituição vedação a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, apenas que não se deve considerar o réu culpado antes deste trânsito em julgado.

Afirma, que o princípio da presunção de inocência vai sendo mitigado no decorrer do processo com a instrução criminal, bem como, entende que se diverso fosse o entendimento, estar-se-ia a privilegiar os mais economicamente abastados, que podem patrocinar recursos, de acordo com o trecho a seguir:

²³⁹ VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11.02.2017.

²⁴⁰ VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11.02.2017.

A três, porque em momento algum a Constituição vedou a prisão antes do trânsito em julgado, pois, o suposto direito fundamental violado (art. 5º, LVII, da CRFB/88) apenas veda que alguém seja "considerado culpado" antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ocorre que o princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, sofre mitigação durante o curso do processo, de sorte que aquele que tem contra si uma condenação por órgão colegiado não pode mais ser considerado presumidamente inocente, mas culpado. Ademais, entendimento diverso fomentaria o seletivismo penal, de modo que aqueles que pudessem patrocinar recursos - via de regra, os mais economicamente abastados - teriam direito de responder o processo em liberdade, ao passo que outro réu, em idêntica situação jurídico-penal, mas economicamente hipossuficiente, não poderia gozar do mesmo benefício.²⁴¹

Adiante, diz que se o legislador não delimitou de forma expressa o alcance do princípio da presunção de inocência, sendo esta, tarefa do Supremo Tribunal Federal.

A quatro, se o legislador não delimitou, expressamente, o limite e o alcance da expressão concernente a não consideração de ser culpado antes do trânsito, de acordo com a mais prestigiada doutrina constitucionalista, compete ao STF fazê-lo, enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo.²⁴²

Ademais, faz alusão à morosidade do Judiciário, que acaba por privilegiar o alcance da prescrição.

A cinco, pois, se houve confirmação por um Colegiado, não seria razoável prestigiarmos manobras jurídicas unicamente destinadas ao alcance da prescrição, valendo-se o advogado do condenado da morosidade do Judiciário, assim contribuindo ainda mais para o caótico quadro da morosidade nos processos judiciais no país.²⁴³

Por fim, relacionado com o argumento anterior, afirma que a Constituição prevê o princípio da razoável duração do processo como direito fundamental.

A seis, por consequência da observação anterior, destaco que a Constituição também prestigia o princípio da duração razoável do processo, erigindo-o como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88), que, aliado à garantia prevista no inciso LXI do mesmo dispositivo, deve sobrepor a

²⁴¹ VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11.02.2017.

²⁴² VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11.02.2017.

²⁴³ VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11.02.2017.

eventual entendimento que reduza sua eficácia, à luz do critério da ponderação.²⁴⁴

Concluindo, assevera que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal vai de encontro ao que o povo legitimamente espera, extirpando o sentimento de injustiça e aumentando a credibilidade no Poder Judiciário.

3.5. ARGUMENTO: VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Daiana Carolina da Silva Gomes Machado, teceu críticas sobre o julgamento utilizando-se do princípio da proibição do retrocesso, mencionando a decisão do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental de Recursos Extraordinário (ARE 639337 AgR/SP):

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Pois bem. É a liberdade um dos bens mais preciosos do ser humano e qualquer restrição que lhe diga respeito deve ser feita de forma fundamentada e provada a real necessidade da medida constritiva.²⁴⁵

A argumentação é no sentido de que a interpretação dada pelo STF ao dispositivo constitucional que prevê o princípio da presunção de inocência consiste em um retrocesso de direitos fundamentais, ante a violação da necessidade de fundamentação da restrição da liberdade.

Cezar Roberto Bittencourt também se manifestou sobre o julgamento:

Trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza. Nessa linha de pensamento, destacamos a sempre lúcida manifestação do ministro Marco Aurélio acompanhando a ministra Rosa Weber, e questionando os efeitos da decisão, que repercutiria

²⁴⁴ VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11.02.2017.

²⁴⁵ MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. *A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55363&seo=1>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

diretamente nas garantias constitucionais, pontificou: "Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios, devem ser guardados valores, não se gerando instabilidade porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver execução provisória, em jogo, a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje ele conclui de forma diametralmente oposta".²⁴⁶

O doutrinador critica o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal, mencionando o voto do relator Marco Aurélio. Se filia ao entendimento do Ministro no sentido de que especialmente em tempos de crise se deve guardar parâmetros, princípios e valores, evitando a instabilidade que foi criada no julgamento, vez que o entendimento que o STF vinha adotando era contrário ao que se pretendeu criar na decisão do HC 126.292.

Veja-se a nefasta contradição de nossa Excelsa Corte: no dia cinco de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal decidiu que um acusado só pode ser preso **depois de sentença condenatória transitada em julgado** (HC 84.078). Essa decisão reafirmou o conteúdo expresso da Constituição Federal, qual seja, a consagração do princípio da presunção de Inocência (art. 5º, LVII). Ou seja, ao determinar que enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer execução de sentença condenatória, estava atribuindo, por consequência, efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários. Tratava-se, por conseguinte, de decisão coerente com o Estado Democrático de Direito, comprometido com respeito às garantias constitucionais, com a segurança jurídica e com a concepção de que somente a sentença judicial definitiva, isto é, transitada em julgado poderá iniciar o cumprimento de pena imposta.²⁴⁷

Antes do julgamento histórico da Suprema Corte que resultou, no seu ponto de vista, em retrocesso, a mesma matéria tinha sido decidida no sentido de que a execução provisória da pena só poderia ser dada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, não autorizado enquanto houver recurso pendente.

Não se ignora, diga-se de passagem, que o Estado brasileiro tem direito e interesse em punir indivíduos que tenham condutas que contrariam a ordem jurídica, podendo aplicar sanção àqueles que cometem ilícitos. No entanto, esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites legais. Ora, os princípios e garantias consagradas no texto

²⁴⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>> Acesso em 12.02.2017.

²⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>> Acesso em 12.02.2017.

constitucional não podem ser ignorados ou desrespeitados e a Suprema Corte está aí para reafirmá-los, defendê-los e impedir decisões que os contrariem, reformando-as ou caçando-as, exatamente o contrário do que fez neste julgamento.²⁴⁸

Assim, entende que o direito-dever de punir do Estado deve observar e respeitar a liberdade pessoal, bem jurídico que não pode ser privado, sendo que a Suprema Corte deve reafirmar os princípios e garantidas previstas no texto constitucional.

Por fim, lembrou um posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando a proibição do retrocesso social, princípio este que impõe ao Estado o impedimento de abolir, restringir ou torna inviável a concretização por inércia ou omissão.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (ARE-639337-Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).²⁴⁹

No entanto, aponta que com a decisão proferida no HC 126.292 o STF contrariou a sua própria decisão anterior, restringindo garantias sociais e humanitárias que já tinham sido incorporadas no Estado Democrático de Direito.

Ainda menciona que a Convenção Americana de Direito Humanos contém uma cláusula que expressamente impede que tratados posteriores sejam interpretados no sentido de limitar o gozo e o exercício de quaisquer direitos ou liberdade que venham a ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-parte ou em virtude de

²⁴⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>> Acesso em 12.02.2017.

²⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>> Acesso em 12.02.2017.

Convenções em que seja parte um dos Estados referidos.

3.6. ARGUMENTO: ENCERRAMENTO DA DISCUSSÃO ACERCA DA MATÉRIA FÁTICA

Daiana Carolina da Silva Gomes Machado critica o argumento utilizado pelo Ministro Relator no julgamento do HC, de que há numerosos recursos provocando a morosidade, e conseqüentemente a impunidade, afirma que este argumento não é jurídico, não podendo ser utilizado para afastar uma garantia assegurada constitucionalmente. Segue trecho da crítica:

Ainda que se argumente que a existência de numerosos recursos provoca morosidade nos julgamentos, o que fortaleceria a impunidade, certo é que se trata de um argumento não jurídico, o qual deve ser repellido com ações do Estado em seu sistema criminal, com alteração da legislação e sistema carcerário, entre outras medidas de política criminal, sem que isso sirva de argumento para afastar uma garantia constitucionalmente assegurada. ²⁵⁰

Ademais, assevera que a despeito da sustentação do Ministro Relator de que o princípio da não culpabilidade se exaure com o acórdão condenatório em segunda instância, vez que os recursos cabíveis não se prestam à discussão da matéria fática e apreciação de provas, argumenta que a exigência da Constituição Federal do trânsito em julgado, da decisão para o exaurimento do princípio da presunção de inocência, não faz a distinção entre a parte da sentença que é apenas de matéria fática e probatória de questões meramente de direito, conforme trecho do artigo:

Ainda no tocante ao *decisum* sobredito, o Ministro relator sustentou que, a partir da confirmação do acórdão condenatório em segunda instância, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis em instância superior, perante o STJ e/ou STF, não se prestam a discutir matéria relacionada a fatos e provas, mas apenas de direito. Ocorre que, o art.5º, inciso LVII, não faz distinção entre a natureza da decisão que transita

²⁵⁰ MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. *A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55363&seo=1>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

em julgado, exigindo apenas que a culpa somente seja formada com a integralidade da decisão da qual não caiba mais recurso. Não se exige, por exemplo, que um capítulo da sentença que verse sobre matéria fática se torne imutável, enquanto o outro, ventilando questão constitucional, seja passível de questionamento via recurso. Ainda que a matéria a ser discutida pela Corte Constitucional deva ventilar matéria estritamente de direito, a mera existência de possibilidade de modificação impede que haja trânsito em julgado da decisão condenatória, mantendo-se a condição de não culpado do réu, que, não tendo contra si os requisitos para a decretação da preventiva ou outra medida de natureza cautelar, pode aguardar em liberdade a aplicação do devido processo legal.²⁵¹

Portanto, ainda que o recurso extraordinário ou especial verse apenas sobre matéria estritamente de direito, as meras eventuais modificações da decisão condenatória mantêm a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão.

Conclui, afirmando que a utilização de todos os mecanismos previstos para reverter qualquer decisão, com o esgotamento da via recursal, acarreta a falta de credibilidade do Poder Judiciário. Contudo, suprimir direito fundamental não é o meio para solucionar problemas que acometem o sistema penal vigente, de acordo com parte da conclusão:

A prisão é uma das medidas mais gravosas que uma pessoa humana pode ter contra si, uma vez que configura restrição à liberdade de ir e vir, devendo lhe ser garantido o direito de esgotar todos os meios que o próprio sistema oferece para revertê-la, ultimando-se com o trânsito em julgado da condenação. Assim, ainda que a morosidade nos julgamentos dos processos enseje certa perda de credibilidade da justiça perante a sociedade, não é com violação aos direitos individuais assegurados pela Constituição Federal de 1988 que será garantida solução para os graves problemas do sistema penal vigente. Há que se respeitar a lei, manifestação de vontade do povo por meio de seus legítimos representantes, sopesando-se os interesses constitucionalmente assegurados, sobretudo o devido processo legal e, em sua decorrência, a presunção de inocência.²⁵²

O doutrinador Luiz Flávio Gomes ainda escreveu outro artigo sobre o tema juntamente com Renê Ariel Dotti.²⁵³

²⁵¹ MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. *A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n° 126.292*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55363&seo=1>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

²⁵² MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. *A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n° 126.292*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55363&seo=1>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

²⁵³ GOMES, Luiz Flávio e DOTTI, Ariel Renê. Execução Provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: Irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

De início os autores criticaram um dos argumentos apresentados pelo Teori Zavascki, Ministro Relator do julgamento do Habeas Corpus 126.292, de que tendo havido em segunda grau a incriminação do acusado, baseado em fatos e provas, os quais são insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, lhe parece justificável a relativização do princípio da presunção de inocência, e até mesmo a sua própria inversão.

A crítica se deu no sentido de que a despeito do sustentado pelo Ministro, se faz necessário reconhecer que a condenação pode ser anulada por violação do princípio do devido processo legal.

Argumentam que a Suprema Corte utilizou duas coordenadas para realizar a mudança. A primeira delas: “ao mito de que a demora nos julgamentos nos tribunais superiores deve ser debitada à defesa dos condenados pelo abuso de recursos”.

A segunda, por sua vez, diz respeito: “ aos fortes e contínuos ventos soprados pela mídia sensacionalista de modo a enfunar as velas da embarcação rumo ao porto seguro da impunidade”.

Sucessivamente afirmam que apesar da substância dos votos vencidos, o precedente criado afronta o princípio da presunção de inocência que consiste em cláusula pétrea insuscetível de deliberação por proposta de emenda pois trata-se de um direito e de uma garantia individual ao mesmo tempo.

Além de que afrontou também, na visão dos juristas, o princípio da independência e da harmonia entre os poderes, essenciais ao modelo do Estado Democrático de Direito.

Ainda, afrontou o direito de iniciar o pagamento da multa somente após 10 (dez) dias do trânsito em julgado da sentença, bem como, afronta aos artigos da Lei de Execução Penal que regulam a execução da pena privativa de liberdade e das restritivas de direito.

Há um número imenso de acusados que estão sofrendo, por antecipação, o rigor das prisões brasileiras por ordem e responsabilidade da Magna Corte e de tribunais federais e estaduais. É o paradoxo de executar a condenação enquanto o réu é presumido inocente. No fundo, porém, a coação que sofrem constitui clara violação do princípio de irretroatividade da lei penal mais grave, proibido expressamente pela Constituição (art. 5º., XL). Com efeito, não colhe o possível argumento fundado no art. 2º do CPP, de que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, (...)”, simplesmente porque o aresto do HC 126.292 (SP), tem um *conteúdo misto*, envolvendo não só matéria processual como também penal. Realmente, a norma do art. 5º, LVII, da *lei fundamental* trata de cláusula constitucional de evidente conteúdo *material*., como acentua

Paulo César Busato, em seus *Fundamentos do Direito Penal brasileiro*, 3. ed., Curitiba, 2012, p. 275-277).²⁵⁴

Conforme se infere do trecho acima, os doutrinadores invocam o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, não podendo se sustentar o argumento de que a lei processual penal deve aplicar-se desde logo pois o aresto do Habeas Corpus 126.292 tem conteúdo misto, não apenas com matéria processual, mas também com matéria penal.

Mais: a decisão de fevereiro/16 não possui qualquer eficácia vinculante. De qualquer modo, mesmo que o STF, de forma vinculante, mantenha seu entendimento sobre a execução provisória da pena após a decisão de 2º grau, mesmo assim, deveria preservar a força constitucional do princípio da irretroatividade da nova norma (do novo direito) prejudicial ou desfavorável ao réu. Nenhuma lei, leia-se, nenhuma norma, nenhum direito penal novo (ainda que fruto da jurisprudência da Corte Máxima) pode retroagir, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL).²⁵⁵

Portanto, concluem o artigo afirmando que a decisão dada ao julgamento do Habeas Corpus não possui qualquer eficácia vinculante, e mesmo que tivesse, deveria preservar a força constitucional do princípio da irretroatividade da nova norma, sendo esta desfavorável ao réu.

Acerca do tema comenta o jurista José Carlos Moreira da Silva Filho, fazendo menção ao voto do Ministro Relator Teoria Zavascki.

Um dos argumentos ventilados pelo Ministro Teori Zavaschi, relator do HC 126.292, é o de que após a segunda instância não cabem mais análises de provas e da materialidade do fato, cabendo apenas a discussão de questões de direito. Ora, esta separação artificial e espartana entre questão de fato e questão de direito violenta a realidade da vida e já havia sido magistralmente denunciada por autores de fôlego da hermenêutica jurídica, dentre os quais destaco Castanheira Neves e Friedrich Muller.²⁵⁶

²⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio e DOTTI, Ariel Renê. *Execução Provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: Irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau>>. Acesso em 12.02.2017.

²⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio e DOTTI, Ariel Renê. *Execução Provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: Irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau>>. Acesso em 12.02.2017.

²⁵⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-violou-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho>> Acesso em 15.02.2017.

Crítica o argumento trazido pelo Relator de que não cabem a análise de provas e materialidade no julgamento dos recursos especiais e extraordinários, vez que alega não existir esta separação, sendo ela artificial, quando separa as questões de fato das de direito.

Como separar a avaliação jurídica de um fato das normas que o condicionam? O sentido da norma depende da tessitura trazida pelos fatos concretos, não se pode simplesmente "higienizar" um caso propondo uma análise normativa independente do próprio caso. Eis mais um exemplo da patológica distinção entre teoria e prática, um dos maiores males que hoje aflige qualquer processo educativo, de pesquisa ou de construção do conhecimento. Tanto é assim que, repita-se, 25% dos recursos que chegam aos tribunais superiores ensejam a libertação do réu.²⁵⁷

Desta forma, afirma que não há como separar a análise normativa do próprio caso concreto. Acrescenta ainda:

Do mesmo modo, é equivocado o argumento de querer justificar a **execução provisória** após condenação em segunda instância, mesmo com recurso pendente para os tribunais superiores, recorrendo a uma analogia do que determinou a lei da ficha da limpa, visto que aqui não se trata propriamente de uma consequência de caráter penal e de privação da liberdade, mas sim de uma condição de elegibilidade, uma condição eleitoral. São matérias muito distintas.²⁵⁸

Acerca da analogia trazida em relação à Lei da Ficha Limpa, sustenta que não se tratam das mesmas consequências, visto que a do julgamento do Habeas Corpus tem caráter penal e de execução da pena privativa de liberdade, enquanto que a da lei que se pretende comparar, possui consequências quanto a condição de elegibilidade, na esfera eleitoral.

Portanto, no entendimento do jurista, são matérias muito distintas, não cabendo esta analogia.

Este é outro aspecto grave que deve ser examinado é o efeito imediato dessa decisão, caso ela venha a se consolidar, para casos futuros. O **Brasil** hoje tem cerca de 600 mil pessoas encarceradas (o terceiro país do mundo em número de pessoas presas e talvez o maior em termos de aceleração dos

²⁵⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho>> Acesso em 15.02.2017.

²⁵⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho>> Acesso em 15.02.2017.

índices de crescimento do encarceramento), das quais cerca de 40% estão em **prisão provisória**, o que mais do que exemplifica o completo abuso desse instituto. Isto é, não só temos pessoas que são presas antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, mas também pessoas que são presas sem sequer terem sido julgadas. Esta última situação deveria ser uma exceção relacionada aos casos de flagrante e real necessidade da prisão provisória, no entanto, trata-se de um procedimento banalizado e que se mantém para muito além do prazo legal máximo estabelecido, às vezes por anos.²⁵⁹

Sustenta que 40% das 600 mil pessoas encarceradas estão em prisão provisória, demonstrando o abuso desse instituto, e a banalização de um procedimento que mantém para muito além do prazo legal os indivíduos presos.

Diante disso, pergunta-se: qual é a lógica em se determinar que um sistema prisional falido, abarrotado de presos, seja ainda mais precarizado com a prisão dos milhares de réus que hoje aguardam seu recurso de terceira instância em liberdade? O STF que tomou a decisão no HC 126.292 não parece ser o mesmo STF da ADPF 347. Diria que são até mesmo verdadeiras antíteses. Mas afora a inutilidade e o caráter brutal, violento e precário - similares ao próprio "estado de coisas" do sistema prisional brasileiro - a que ficam reduzidos direitos e garantias com esta decisão, está uma questão ainda mais grave, objeto do segundo olhar que proponho na resposta a esta pergunta: o mortal atentado à Constituição de 1988 no que ela tem de mais elevado e democrático, perpetrado exatamente pelos que têm a missão de protegê-la como principal razão de ser do seu ofício cotidiano.²⁶⁰

Assim, questiona qual a lógica em abarrotar ainda mais de presos o sistema carcerário, já precário com réus aguardando seus recursos serem julgados.

Ademais, aborda uma questão que julga mais grave ainda, que o atentado contra à Constituição de 1988, foi feito pelo Supremo Tribunal Federal que tem como missão protegê-la como seu ofício.

Em muitos outros artigos da Constituição se pode reconhecer a distância valorativa, simbólica e literal que a nova ordem constitucional quer tomar do Estado ditatorial. Resultado de extensa e legítima mobilização social organizada, já treinada pelos embates das lutas pela **anistia** nos anos 70 e pelas **diretas já** nos anos 80, a nova Constituição nasce pródiga em direitos e garantias, tanto de ordem individual quanto social, estabelecendo inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e o princípio da prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais.

²⁵⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho>> Acesso em 15.02.2017.

²⁶⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho>> Acesso em 15.02.2017.

Atenta para o fato de que a Constituição de 1988 foi criada no contexto de se distanciar do Estado ditatorial, sendo ela pródiga em direitos e garantias fundamentais.

No entanto, o autor argumenta que há uma abertura judicial para a violação do texto constitucional e ser substituída por uma sentença moralizante e superior à Constituição.

Noto, portanto, que não é de hoje a abertura judicial para violentar o texto constitucional e ocupar o seu lugar por meio da sua sentença moralizante e superior até ao próprio Constituinte. Trata-se de um processo que precisa ser reconhecido, detectado, diagnosticado, denunciado e combatido. Uma coisa é a Constituição ser violada por um cidadão, governante ou parlamentar, estando todos sujeitos ao controle judicial cuja função é exatamente coibir tais violações, outra coisa é o próprio Poder Judiciário em sua instância máxima decidir violar uma cláusula pétrea expressa da Constituição, como ocorreu no HC 126.292, rompendo inclusive com o princípio de vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, com sua própria jurisprudência pacificada e trazendo evidente insegurança jurídica.²⁶¹

Como afirmou, é provável que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condene o país e alegue que o STF não fez o controle de convencionalidade, caso haja uma causa que questione a decisão tomada pela Suprema Corte.

Diante do argumento de combate à impunidade trazido pelo julgamento do Habeas Corpus 126.292, José Carlos Moreira de Silva Filho afirma:

Em primeiro lugar, penso que o problema da impunidade no Brasil é mal dimensionado por declarações como esta e frequentemente pelas coberturas midiáticas e policiais do tema. Temos um sistema penal que é seletivo, que no seu funcionamento, por diversas razões, desde a formação policial até a atuação judicial e a cumplicidade dos demais poderes instituídos, privilegia o perfil do jovem negro, pobre e periférico (basta visitar os presídios).

Assim, destaca que o problema de impunidade no Brasil é dimensionado de forma equivocada por julgamentos como o do STF. Diz que o sistema penal é seletivo, privilegiando o jovem negro, pobre e da periferia, como perfil principal.

Analisando os tipos de crimes dos que estão presos hoje no Brasil, nota-se, segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias -

²⁶¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-violou-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho> > Acesso em 15.02.2017.

InfoPen divulgados no ano passado pelo Ministério da Justiça, que apenas 14% dos encarcerados ali estão pela prática de homicídio, sendo que a maior porcentagem dos crimes é o de tráfico de drogas (27%), seguido pelo de roubo (21%). Evidencia-se uma clara opção política pela punição e combate ao crime de tráfico de drogas e a crimes contra o patrimônio, opção que apenas timidamente vem sendo questionada, deixando-se em segundo plano os crimes de homicídio. De outro lado, percebemos que os chamados crimes de colarinho branco não chegam a 1% do universo de presos. Concluo dizendo que existe impunidade, sim, no Brasil, mas voltada para aqueles que são selecionados pelo sistema para não serem por ele atingidos, e que incluem aí os piores crimes, como os crimes contra a humanidade. E, como o impressionante aumento das taxas de encarceramento conjugado com o estado deplorável das cadeias brasileiras vem nos aconselhando, precisamos urgentemente investir em políticas desencarcerizantes. 262

Desse modo criticou a “opção política” que dá ênfase ao crime de tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio em vez dos crimes de colarinho branco.

Na sequência, sustenta que é necessário investir em políticas que tenham como objetivo desencarcerar, e não o contrário como vem sendo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tal qual firmado no julgamento histórico do Habeas Corpus 126.292.

A saída é a prevenção, a conquista da igualdade material, a educação e a construção de uma sociedade mais solidária, participativa e inclusiva, restando o sistema penal para os casos mais extremos e excepcionais, se é que não podem ser tratados de outro modo.²⁶³

Conclui que a forma de combater a impunidade é a prevenção, a busca da igualdade material, o caminho da educação, deixando o sistema penal para os casos mais excepcionais.

²⁶² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho> > Acesso em 15.02.2017.

²⁶³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia*. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho> > Acesso em 15.02.2017.

3.7. AUTORES QUE SE MANIFESTARAM SOBRE VÁRIOS ARGUMENTOS USADOS NO VOTO VENCEDOR

Daniel Wunder Hachem, teceu críticas acerca dos argumentos constantes nos votos do julgamento proferido pela Suprema Corte.

De início, menciona que o argumento de que “ ser considerado culpado” e “ser preso” são coisas necessariamente distintas e desvinculadas não procede. Ressalva que, do ponto de vista semântico, o conteúdo das expressões pode até se mostrar distintos, sendo que um indivíduo pode ser considerado culpado e ainda não ter sido preso.

No entanto, o contrário não ocorre, pois para ser preso, em termos de execução, o acusado deve ter sido necessariamente considerado culpado, eis que a declaração de culpabilidade é imprescindível para a execução da pena.

Conforme argumenta o doutrinador:

Portanto, para que seja executada a pena de prisão, é preciso ter crime; para que haja crime, é preciso que tenha sido declarada a culpa; e para a Constituição da República, só se pode considerar o acusado *culpado* após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ou seja, essa tentativa de diferenciar “ninguém será considerado culpado” de “ninguém poderá ser preso” é falaciosa, porque ignora o fato de que, *para o Direito*, ser preso no sentido de “cumprir pena” pressupõe necessariamente que o condenado já seja considerado culpado. A tentativa de distinção, por consequência, não procede.²⁶⁴

Ele assevera que a lei estabelece a restrição também no artigo 283 do Código de Processo Penal:

E não é só. Ainda que a Constituição não preveja expressamente que o acusado “não poderá ser preso”, a lei assim estabelece. Veja-se o art. 283 do Código de Processo Penal: “**Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Se o Supremo Tribunal Federal pretendia declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo, teria de fazê-lo expressamente, indicando o dispositivo da Constituição utilizado como parâmetro para invalidar essa previsão legal. Não o fez – e nem haveria como

²⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. 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 11 de março de 2017.

fazê-lo, já que o enunciado se encontra em plena consonância com o art. 5º, LVII do texto constitucional.²⁶⁵

O segundo argumento que Hachem traz é acerca da margem de interpretação do conceito de “trânsito em julgado” e a sua relativização.

Afirma que o STF relativiza o significado do conceito de transitado em julgado da sentença quando dispõe que após a decisão de segunda instância, haveria o transitado em julgado da situação fática, eis que não poderiam mais ser revistas as questões que dissessem respeito à fatos e provas, tornando-se imutáveis por alteração recursal.

Esta relativização, na opinião do autor, se dá pelo fato de que a decisão rompe com o tradicional entendimento de que o trânsito em julgado seria a condição de imutabilidade da decisão judicial, que seria obtida após o decurso de todos os prazos recursais.

De acordo com seu ponto de vista, a relativização é infundada, irrelevante e inaceitável pelos motivos que expõe.

Cinde o conceito para afirmar existir uma diferença entre “trânsito em julgado da situação *fática*” e “trânsito em julgado da situação *jurídica*”. A distinção, com todo o respeito a quem pensa diferente, é: (i) infundada; (ii) irrelevante; (iii) inaceitável. (i) Infundada, pois não encontra apoio em *nenhum* fundamento jurídico ou normativo. Não há no ordenamento brasileiro uma previsão normativa sequer que autorize uma diferenciação como essa. Todos os dispositivos legais que se referem a decisão “transitada em julgado” ou “passada em julgado” fazem alusão à sua *irrecorribilidade*. Ou seja: para o Direito brasileiro, transitar em julgado significa não mais sujeitar-se a recurso. (ii) Irrelevante, pois o fato de não ser possível rediscutir questões fáticas ou probatórias não afasta a possibilidade de reverter a decisão de segunda instância e evitar que um inocente sofra uma restrição indevida ao seu direito fundamental de liberdade. A grande questão que está por trás desse debate – de admitir ou não a execução da pena enquanto ainda há recurso pendente de julgamento – consiste na mutabilidade da sentença condenatória e na proteção da liberdade do inocente. É a existência do risco de se aplicar pena privativa de liberdade a uma pessoa inocente que justifica a proibição desse tipo de medida apressada. Num processo, não são só as questões fáticas que importam para fins de condenação. As questões jurídicas ostentam idêntica relevância. Suponha-se que a sentença condenatória de segundo grau, confirmando a decisão da primeira instância, constata que do ponto de vista dos *fatos* o acusado realmente praticou a conduta. Contudo, no caso deveria ter sido aplicado o princípio da insignificância – matéria *jurídica* passível de invocação em recurso especial. Qual é a relevância, nesse caso, do argumento de que a decisão de segunda instância é imutável em relação à situação *fática*? Nenhuma, pois a revisão da decisão pela via do recurso especial se daria com base em fundamentos

²⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11 de março de 2017.

jurídicos.(iii) Inaceitável, pois se for possível relativizar o conceito de “trânsito em julgado”, o Poder Judiciário teria de fazê-lo não só para restringir direitos fundamentais do cidadão, mas também para protegê-los. (...). Típico exemplo de norma com caráter de regra, no sentido de Ronald Dworkin: aplicável segundo a lógica do tudo-ou-nada. No caso, a norma que fixa o prazo para recurso é válida e se aplica com tudo. Não há espaço para ponderação, diria Robert Alexy. Pois bem. Se o Supremo Tribunal Federal passa a *relativizar* o conceito de “trânsito em julgado da decisão”, que deixa de significar uma situação de caráter definitivo que põe fim ao processo, deverá utilizar o conceito *relativo* não apenas para prejudicar o jurisdicionado, mas também para favorecê-lo. Se o jurisdicionado perder prazo para recurso, poderá pedir que o Poder Judiciário *ponder* a norma que impõe o não conhecimento do recurso interposto após o “trânsito em julgado” (conceito que passa a ser *relativo* e *ponderável*) com outros direitos fundamentais que estejam envolvidos em sua situação concreta. É óbvio que isso não deve ser admitido, pois a segurança do sistema – seja para o Estado, seja para o cidadão – exige que existam normas de cunho *definitivo* e *imponderável* (que alguns autores convencionaram chamar de *regra*), como vinham sendo até então aquelas que fixavam os efeitos do “trânsito em julgado”. E é evidente que jamais o STF irá aceitar uma tal solução. Logo, é *inaceitável* que se relativize esse conceito para restringir a esfera jurídica dos cidadãos, já que certamente isso não será feito (frise-se: nem deve ser feito!) para proteger os direitos dos jurisdicionados que perderem prazo para interposição de recursos.

Portanto, é infundada vez que não há amparo jurídico no ordenamento que permita esta flexibilização. Apresenta-se irrelevante, pois as questões de direito, e não de fato podem reverter uma condenação. Afirma ser inaceitável, vez que se o Poder Judiciário relativizar o trânsito em julgado teria que o fazê-lo tanto para restringir direitos fundamentais do cidadão como também para protegê-los.

Adiante, argumenta que a despeito da suposta necessidade de ponderação do princípio da presunção de inocência, vez que aguardar todos os recursos conduziria à impunidade, se faz necessário desfazer o mito de que tudo aquilo que é chamado de “princípio” no Direito Brasileiro é o mesmo que Robert Alexy chamaria de princípio, estando sujeito à ponderação.

A doutrina do Direito Penal no Brasil tem a tradição de chamar de *princípios* normas que reputa importantes. Princípio da legalidade penal, princípio da presunção de inocência, princípio da irretroatividade da lei penal. O critério utilizado por essa parte da doutrina para classificar tais normas de *princípios* é o grau de fundamentalidade (ou importância) da norma dentro do sistema: se é fundamental, é um princípio. Não utilizam esses autores o critério do caráter *definitivo* ou *relativo* da norma, empregado por Alexy (se a norma é relativa e sujeita-se à ponderação, é *princípio*; se é definitiva e imponderável, é *regra*). Assim, é preciso deixar claro que *não podemos ponderar tudo aquilo que no Direito brasileiro a doutrina chama de “princípio”*, pois do contrário poderíamos ponderar o princípio da legalidade penal (admitindo a existência

de crime sem lei) e o princípio da irretroatividade da lei penal (aceitando que a lei penal menos benéfica retroaja para prejudicar o acusado).²⁶⁶

Assim, se fosse adotada a definição de Alexy para a presunção de inocência, esta norma seria uma regra, sendo imponderável. Desta forma, enquanto não houver sentença penal condenatória irrecorrível, ninguém poderá ser considerado culpado e sofrer execução da pena.

Afirma que, ainda que se tratasse de uma norma-princípio que pudesse se sujeitar à ponderação, o argumento de impunidade é no máximo uma preocupação de política criminal, mas não um argumento jurídico. Além disso, diz que mesmo se fosse adotada a técnica da ponderação, que esta pressupõe um processo racional, formado por etapas lógicas, não apenas se optando pela solução que se achar melhor.

O autor leciona:

Em terceiro lugar, ainda que o argumento da impunidade gozasse de hierarquia constitucional e fosse passível de ponderação com a presunção de inocência (o que já vimos que *não é*), ele é em grande parte falacioso, pois como já disse o Professor Pedro Serrano ao analisar as estatísticas a respeito do tema, o Brasil é “o quarto país do mundo que mais aprisiona. Dependendo dos critérios de cálculo, passamos a ser o terceiro da lista, superando a Rússia e ficando atrás apenas dos EUA e da China”. Em termos absolutos, o Brasil ainda é um país que prende muito.²⁶⁷

O doutrinador se manifesta acerca da afirmação de que se o Supremo Tribunal Federal pode ser ativista, reconhecendo a união estável homoafetiva contra o enunciado da Constituição, também poderia contrariar o texto no caso da presunção de inocência.

Hachem entende que o Poder Judiciário, incluindo o STF, pode ir além do que está previsto expressamente no texto da Constituição se houver o intuito de proteger direitos fundamentais. Porém, não poderia fazê-lo para ofender estes mesmos direitos, ou para restringir a esfera jurídica do cidadão, especialmente quanto a liberdade de ir e vir.

²⁶⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

²⁶⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

Assim, comparando o ativismo para reconhecimento da união estável homoafetiva com a violação à presunção de inocência, ocorre que um é para proteger direitos e a outra para restringi-los.

Não perfaz, em sua opinião, nenhuma contradição em aceitar a primeira forma de ativíssimo e rechaçar a segunda.

Em relação ao posicionamento que o STF adotou no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, mudando seu entendimento, o jurista concorda que a Corte Suprema poderia mudar a sua jurisprudência, desde que houvessem alterações fáticas e jurídicas que justificassem a superação do entendimento anterior, e não houvesse retrocesso na tutela dos direitos fundamentais.

Fala-se muito (mais na doutrina do que na jurisprudência) em *vedação de retrocesso social*, concebida como a proibição jurídica de revogação, pelo legislador, de normas legais ampliativas de direitos fundamentais sociais protegidos abstratamente pela Constituição e concretizados pelo Poder Legislativo. A cláusula do Estado Social de Direito serviria como uma barreira restritiva à liberdade de conformação do legislador, impedindo que ele eliminasse posições jurídicas favoráveis ao titular do direito social regulamentado pela lei sem uma substituição equivalente ou sem uma justificativa da proporcionalidade e razoabilidade da revogação de cunho restritivo. Há, porém, autores como Ingo Wolfgang Sarlet que sustentam a aplicação da *vedação de retrocesso* não apenas aos direitos sociais, mas a todos os direitos fundamentais, inclusive os de liberdade – no que se poderia incluir o direito à presunção de inocência.²⁶⁸

O autor menciona a vedação ao retrocesso social, abordado pela doutrina, implicando na proibição de revogação de normas legais de direitos fundamentais sociais.

Ainda, cita o autor Ingo Wolfgang Sarlet que sustenta a aplicação desta vedação a todos os direitos fundamentais, não apenas os sociais, portanto, incluindo o direito à liberdade.

Aliás, em sede doutrinária os Ministros Luís Roberto Barroso e Cármen Lúcia Antunes Rocha – que votaram a favor da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, adotando o novo posicionamento *restritivo de direitos fundamentais* – também sustentam essa tese. É do primeiro a seguinte passagem: “o que a *vedação do retrocesso* propõe se possa exigir do Judiciário é a *invalidade da revogação de normas* que, regulamentando o princípio, *concedam ou ampliem direitos fundamentais*, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma

²⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.03.2017.

política substitutiva ou equivalente. Isto é: *a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito*, deixando um vazio em seu lugar”.²⁶⁹

Hachem ressalta que o Ministro Luís Roberto Barroso e a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, utilizam esta tese, embora tenham votado a favor da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, se nem ao Poder Legislativo é autorizado reduzir a proteção do direito fundamental, o que dizer em relação ao Poder Judiciário que possui legitimação democrática ainda menor? Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia assevera que “prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas”.²⁷⁰

Aponta para o fato de que o Supremo Tribunal Federal já adotou, de forma expressa, a teoria da vedação ao retrocesso em outras situações. Desta forma, conclui que não se trata de um mero retorno à posição adotada anteriormente, mas de uma “involução” e um verdadeiro retrocesso na tutela dos direitos fundamentais.

Mais além, menciona o argumento utilizado no julgamento de que nos demais países do mundo, após a observância do duplo grau de jurisdição, a pena pode ser executada. Afirma que o Direito Comparado se mostra irrelevante em uma discussão acerca da interpretação do sistema constitucional brasileiro. Não podendo, portanto, se interpretar a Constituição Federal Brasileira a partir da ordem constitucional de outros países, especialmente para se restringir um enunciado normativo brasileiro que tutela um direito fundamental.

Assim, na visão do autor, pode-se considerar um conteúdo da Constituição ruim ou inadequada, no entanto, não se pode ignorá-lo ou lhe negar vigência com base em concepções pessoais.

Ainda acerca deste argumento, afirma que não se pode adotar como melhor uma posição apenas porque é a interpretação adotada em outros países. Bem como,

²⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

²⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

as comparações devem ser feitas levando em conta a realidade social e econômica de cada país.

Em seguida, o doutrinador aborda alguns argumentos que visam rechaçar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O primeiro deles, diz respeito ao fato da presunção de inocência ser uma cláusula pétrea. Em síntese, sustenta que se nem mesmo o legislador poderia reformar a Constituição, tampouco o Supremo Tribunal Federal poderia fazê-lo, contrariando a literalidade de um texto constitucional.

O poder reformador ostenta uma prerrogativa muito maior do que a do STF, pois lhe é autorizado modificar a Constituição quase que inteira – com exceção das cláusulas pétreas. Se nem mesmo esse poder de reforma está autorizado a eliminar direitos fundamentais, seria um flagrante contrassenso aceitar que o Supremo Tribunal Federal pudesse fazê-lo. Ao admitir a tese da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a Corte atingiu o núcleo essencial do direito fundamental à presunção de inocência, uma vez que só se pode aplicar *pena* quando houve *crime*; e só pode haver *crime* quando há antijuridicidade, tipicidade e *culpabilidade*; e só há *culpabilidade* quando alguém é considerado *culpado*.²⁷¹

Deste modo, o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal tem por objetivo justamente impedir que alguém seja considerado culpado, e por consequência, tenha sua liberdade restringida antes do trânsito em julgado. Hachem faz alusão aos riscos da relativização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, no tocante à tortura e pena de morte, por exemplo.

Afirma que a relativização de um texto expresso na Constituição, com a finalidade de restringir a esfera jurídica de um cidadão caracteriza uma afronta ao Estado Democrático.

Há um forte risco para a democracia em aceitar que o Supremo Tribunal Federal possa, pela via interpretativa, adotar solução mais restritiva à esfera jurídica do cidadão do que aquela que o constituinte, mediante disposição constitucional expressa, estabeleceu para fins de proteção de direitos fundamentais. Se o poder constituinte, ao definir um direito fundamental, fixou uma *proibição* (no caso em tela, a de considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), não pode vir o STF e relativizá-la com base no clamor popular pelo fim da impunidade.²⁷²

²⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

²⁷² HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel->

Para ele, se o sistema processual brasileiro é de fato ineficiente, este deve ser modificado através da via legislativa. E assevera que as garantias constitucionais não podem ser afastadas pelo Supremo Tribunal Federal em nome da moralidade e da eficiência das sanções penais. Menciona que se a Suprema Corte relativiza e afasta estas garantias fundamentais sob o argumento da impunidade, poderia o fazê-lo acerca da proibição da tortura e da pena de morte.

Assim, em nome da eficiência do sistema penal as garantias mais basilares poderiam vir a sucumbir. Argumenta que, no âmbito da hermenêutica constitucional, ainda que existam dúvidas acerca da interpretação mais correta, deve ser adotada a que leva em conta o princípio *pro homine*, impondo a adoção da interpretação mais benéfica ao ser humano.

Mas há uma dubiedade nessa disposição”, dirão alguns, defendendo a tese refutada anteriormente acerca da existência de uma “margem de interpretação” no art. 5º, LVII da Constituição. Tudo bem, vamos supor que realmente haja mais de uma interpretação aceitável desse enunciado. A primeira delas é a de que não pode haver execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão – *mais protetiva ao ser humano e à sua liberdade*. A segunda é de que pode haver execução da pena se confirmada a decisão condenatória pelo tribunal, já que em relação às questões fáticas a sentença já transitou em julgado – *mais ofensiva à esfera jurídica do cidadão e à sua liberdade*. Se essa previsão normativa está alojada no capítulo destinado à tutela dos *direitos e garantias fundamentais*, qual é a interpretação que confere maior eficácia à Constituição? E o princípio *pro homine*, tão afirmado em sede das Cortes Internacionais de Direitos Humanos (como é caso da Corte Interamericana), que impõe a adoção da interpretação mais benéfica ao ser humano?²⁷³

Ademais, sustenta que a aceitação da execução de pena após o duplo grau de jurisdição ensejará uma série de novas demandas judiciais de indenização, se levado em conta o percentual de decisões que são reformadas pelos recursos especiais e extraordinários.

Considerando o significativo índice de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* que logram êxito nos tribunais superiores em face de decisões de segunda instância que confirmam sentenças penais condenatórias, um

[wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito](http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito) Acesso em 11.02.2017.

²⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

grande número de pessoas inocentes acabará cumprindo penas indevidas pelo fato de não se aguardar o trânsito em julgado da decisão. De acordo com pesquisa realizada pela FGV Direito Rio em 2014, foram concedidos pelo STF 8,27% dos *Habeas Corpus* e Recursos em *Habeas Corpus* entre os anos de 2008 a 2012, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça foram concedidos 27,86%.²⁷⁴

O doutrinador proclama, que o direito à indenização nos casos em que inocentes sofrerem privação de sua liberdade, indevidamente, está consolidado na Constituição, também como direito fundamental, no artigo 5º, inciso LXXV da Carta Magna. Pensa, que se a realidade fática deve ser utilizada para a interpretação do dispositivo constitucional em questão, deve-se levar em conta a situação fática caótica do sistema prisional brasileiro.

No ano anterior à decisão que ora se discute, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, na ADPF 347, a absoluta falência do sistema penitenciário brasileiro, marcado por péssimas condições nos estabelecimentos prisionais, superlotações, insalubridade e graves violações aos direitos fundamentais dos presos, a caracterizar um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”. Na demanda, observa-se que a Corte admite que a situação carcerária no país se encontra a ponto de explodir, haja vista as péssimas condições em que se encontram as penitenciárias.²⁷⁵

Desta forma, afirma que é o mínimo contraditório que a Corte tenha ignorado a constatação da situação caótica das prisões, que será agravada com a decisão do STF.

Conclui que, em sua opinião, se no Brasil estamos vivendo um período de exceção à moralidade, diante de casos de corrupção e impunidade isso não justifica o ingresso em um período de exceção aos direitos e garantias fundamentais.

Para ele que incumbe ao Supremo Tribunal Federal proteger estes direitos fundamentais albergados na Constituição, ainda que contra a vontade da maioria.

Lenio Luiz Streck fez considerações acerca do julgamento, no tocante ao argumento trazido pela Ministra Carmem Lúcia, mencionando a Lei da Ficha Limpa, conforme se vê do artigo publicado:

²⁷⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

²⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em 11.02.2017.

Também pode haver quem diga, em defesa da decisão do STF, que ele foi coerente em sua decisão, porque seguiu a linha de posicionamento que já havia manifestado no julgamento sobre a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa[1]. Isso seria uma visão frágil da coerência, sem levar em conta uma dimensão de profundidade, principiológica. Como lembra Francisco Borges Motta, a partir de Ronald Dworkin: "para quem considera a ficha limpa um erro, houve 'coerência no erro'. É para isso que serve o padrão integridade, para que a coerência seja de princípio (e no acerto)". Em outras palavras: a coerência só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que são sempre compreendidos conjuntamente). Portanto, novamente, esse julgamento foi um equívoco — julgou inconstitucional o próprio texto constitucional.²⁷⁶

A crítica é feita ante a inobservância de um conjunto normativo, dando conteúdo ao sistema jurídico. Expõe que a Lei da Ficha Limpa aumentava as hipóteses de inelegibilidade, podendo atingir candidatos que tivessem sido condenados por decisão colegiada no caso de alguns crimes.

Quando a questão chegou ao STF, na análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4578, a corte reconheceu a sua constitucionalidade, havendo divergência no julgamento.

Alguns ministros criticaram a relativização do princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal de 88. Para o jurista a afronta a tal dispositivo é ainda mais “escandalosa” quando se trata de prisão de algum indivíduo.

O artigo publicado por Streck demonstra a mudança de entendimento do Ministro Teori Zavascki, firmado no Superior Tribunal de Justiça e no julgamento do Habeas Corpus em questão no Supremo Tribunal Federal.

Alega que o artigo 283 do CPP foi ignorado no julgamento, o qual tem a seguinte redação:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.²⁷⁷

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Teoria do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> > Acesso em 07.02.2017.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Teoria do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> > Acesso em 07.02.2017.

Ele afirma que a decisão do Ministro Teori Zavascki na Reclamação 2.645, não admite que seja negada aplicação pura e simplesmente de preceito normativo sem a declaração formal de inconstitucionalidade desta norma, conforme se vê da fundamentação explanada no artigo:

Consequentemente, esse dispositivo continua hígido, correto? Para tanto, com toda a vênia, vou usar Zavascki contra Zavascki. Explico: é do ministro Teori Zavascki, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, o brilhante voto na Recl. 2.645, que diz (e já citei no mínimo uma dezena de vezes essa bela passagem): não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”. Perfeito! Resposta correta: não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Esta é, aliás, a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei (cf. *Verdade e Consenso, passim*). Por isso, tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável.²⁷⁸

Para Lenio Streck a decisão do Habeas Corpus n. 126.292 do Supremo Tribunal Federal consiste em uma afronta ao próprio entendimento anteriormente firmado pelo Ministro Relator Teori Zavascki.

Por fim, traz uma reflexão interessante:

Numa palavra: esse meu texto é coerente com o que tenho falado há tantos anos. Venho sempre criticando o ativismo. A ele não dou tréguas. Mesmo quando a decisão é simpática e agrade a maioria dos juristas. Quando isso ocorre, sempre aviso: se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agrada?²⁷⁹

Assim, a grande preocupação do jurista consiste no fato de o Supremo Tribunal Federal ter ultrapassado os limites semânticos da Constituição, que pensa ter ocorrido no julgamento histórico autorizador da execução da pena provisória antes do trânsito em julgado da decisão.

Em contrapartida, se aproximando do entendimento explanado por Luiz Flávio Gomes, o jurista William Garcez, afirma que ainda que o sentido do julgamento esteja

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Teoria do STF contrária Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> > Acesso em 07.02.2017.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Teoria do STF contrária Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> > Acesso em 07.02.2017.

correto, a execução provisória da pena a qual se pretende é incompatível com a norma constitucional, sendo compatível com as diretrizes gerais do direito internacional adotado pela maioria dos países.

Com a devida vênia, discordamos do entendimento do ministro, ao passo que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vai exatamente de encontro com o que prevê o artigo 5º, inciso LVII, da [Constituição Federal](#), ou seja, é, sim, “incompatível com a garantia constitucional”. Acreditamos que, diante dos argumentos até aqui expostos, o mais correto seria dizer: Em que pese ser incompatível com a norma constitucional, a execução provisória da pena é compatível com as *diretrizes gerais do direito internacional* ou, ainda, com o *modelo adotado pela maioria dos países*.²⁸⁰

A ex-ministra Ellen Gracie, salientou que “em país nenhum do mundo depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Cabe referir, nesse ínterim, que o direito internacional deixa que cada país regule as balizas da presunção da inocência ao seu modo, de acordo com o seu ordenamento jurídico, não vinculando a legislação interna das nações a nenhum dos sistemas existentes. A única exigência internacional é que a presunção da inocência seja observada, como corolário lógico da dignidade da pessoa.²⁸¹

Deste modo, entende que nos tratados e convenções internacionais há a exigência de que a presunção de inocência exista, no entanto, o momento “terminativo”, é de livre arbítrio de cada país.

No plano internacional, o princípio impõe o não tratamento do indivíduo como criminoso até que ele seja reconhecido desta forma, nos termos da legislação interna.

A decisão que o Supremo Tribunal Federal tomou é incompatível com a escolha legislativa consagrada na Constituição Federal, que está relacionada ao sistema de duplo grau de jurisdição.

A decisão proferida no HC 126.292, portanto, com todo o respeito que merece a mais alta Corte do país, está de acordo com as diretrizes internacionais sobre a matéria, mas não está de acordo com as diretrizes da Constituição

²⁸⁰ GARCEZ, William. *A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292*. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 11.02.2017.

²⁸¹ GARCEZ, William. *A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292*. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 11.02.2017.

Federal e, nos países onde o regime político-jurídico adotado é Estado Democrático de Direito, as principais regras da coexistência são as previstas na sua constituição.²⁸²

Afirma que o espírito da decisão pode estar na direção certa, vez que, no seu entendimento, ninguém mais suporta a criminalidade e a impunidade, especialmente dos criminosos de colarinho branco, para os quais, parece não ter a lei alcance.

Pode se dizer que, em termos de filosofia, o Supremo Tribunal Federal abandonou o “principiologismo” e ficou com o “consequencialismo”. Para a primeira corrente, os princípios são sempre o que importa, valem incondicionalmente e deles devem decorrer todas as decisões. Para a segunda corrente, ao seu turno, os princípios abstratos não podem estar acima das consequências que acarretam; o ato é validado pelo resultado que produz. Assim, uma decisão judicial não seria boa se seus resultados não fossem bons para a nação.²⁸³

Ele afirma que o Supremo Tribunal Federal adotou a corrente que leva em conta, que os princípios abstratos não podem se sobrepor às consequências que acarretam, sendo o ato validado pelo resultado que gera.

Ainda, sustenta que a Suprema Corte decidiu desta forma para atender aos anseios sociais, diante do momento histórico vivido pelo país, com a maior operação de investigação da prática de crimes contra a administração pública. E que a intenção por trás deste julgamento foi dar um basta à impunidade generalizada dos “barões do crime”, os quais protelam a aplicação da pena.

Não se pode olvidar, entretanto, que interpretações que contrariem disposição expressa do texto constitucional, mesmo que alicerçadas na necessidade de combater a morosidade da justiça e a sensação de impunidade, abrem um rombo no sistema de direitos e garantias constitucionais.²⁸⁴

²⁸² GARCEZ, William. *A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292*. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 11.02.2017.

²⁸³ GARCEZ, William. *A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292*. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 11.02.2017.

²⁸⁴ GARCEZ, William. *A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292*. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 11.02.2017.

Portanto, essa mudança deve surgir de um ato legal, de acordo com as leis do Estado Democrático de Direito. Também entende que é necessária a edição de uma Emenda Constitucional para firmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Emilio Peluso Neder Meyer menciona cinco aspectos que tornam a decisão do STF questionável.

A Constituição expressamente estabelece uma exigência para afastamento do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade: que haja o trânsito em julgado da decisão. Não há possibilidade de trânsito em julgado sem que recursos aviados para os tribunais superiores sejam decididos. Ainda que se pense em uma divisão da sentença ou acórdão condenatórios em capítulos, cuidar-se-ia de “excesso interpretativo”, uma ginástica para que se pudesse alcançar um Estado ainda mais punitivo. Fazer aplicar o art. 637 do Código de Processo Penal resultaria em uma clara violação do disposto na Constituição; foi por essa razão que o próprio STF, em 2009, no julgamento do precedente que se busca agora superar, HC 84.078, visou dar primazia ao disposto nos arts. 105 e 106 da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1995. Sobre a força do texto constitucional, lembre-se que o STF, em outro caso, nos votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, deu passos no sentido de afastar a vinculatividade do Texto Constitucional constante do art. 52, inc. X, buscando tornar o Senado Federal mero “publicador” das decisões definitivas de mérito do STF que julgassem leis inconstitucionais – o julgamento final da Reclamação 4.335, contudo, impediu a consolidação de dita (e impossível) “mutação constitucional”.²⁸⁵

O primeiro deles diz respeito à violação do texto constitucional, ante a inafastabilidade do termo do trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução provisória da pena e o afastamento da presunção de inocência.

É evidente a ausência de integridade do STF na decisão recentemente tomada. Buscou-se superar um precedente à custa de um dispositivo principiológico enunciador de um direito fundamental caro não só ao Constitucionalismo brasileiro, mas a o que se pode chamar de um Constitucionalismo Transnacional, em clara sintonia com normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e em diálogo com normas do Constitucionalismo estrangeiro. Em cerca de sete anos, o STF põe de lado uma garantia fundamental sob pressão de setores específicos da sociedade movidos por uma sanha punitiva resultado da propagação de investigações e condenações rumorosas em curso. Não se está aqui, de forma alguma, questionando-se a necessidade de instrumentos de combate à corrupção e à impunidade. A questão é que não se pode, por meio de tais argumentos utilitários, fazer ruir direitos duramente conquistados. Agora, veja-se: se o chamado “clamor público” não poderia ser nem fundamento de prisão preventiva (vide HC 102.065), por que, então,

²⁸⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?*. Disponível em < <http://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016> > Acesso em 14.02.2017.

poderia ele fundamentar uma flagrante violação da Constituição e da normativa internacional?.²⁸⁶

O segundo aspecto abordado pelo jurista, diz respeito a influência do “clamor público” na decisão do Supremo Tribunal Federal, que não pode se prestar nem a fundamentar uma prisão preventiva, quanto menos deve ser utilizado como fundamento para uma violação à Constituição.

A distinção entre matéria fática e matéria de direito não se mantém de pé ante uma perspectiva hermenêutica e interpretativa da Constituição. Cuida-se de um dualismo, uma oposição tão artificial quanto a classificação entre as formas abstrata e concreta de controle de constitucionalidade, questionável até da perspectiva do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a guarda da Constituição. Afinal de contas, as pretensões deduzidas de dispositivos constitucionais ou legais podem ser plenamente desacopladas dos fatos que animam a impetração de um *habeas corpus* ou o aviamento de um recurso extraordinário? Não há fato discutido pelas instâncias superiores ao julgar tais feitos? Ora, lembremos que as próprias instâncias superiores fazem um julgamento amplo das matérias ao admitirem, por exemplo, um recurso extraordinário. Como saber se a prisão preventiva não é mera antecipação de pena descabida sem analisar fatos? Não parece ser isto possível.

Assim, não se sustenta a distinção entre matéria fática e matéria de direito, vez que nas instâncias superiores há julgamento amplo das matérias, não podendo se afirmar que não são discutidos fatos ao julgar os recursos.

O próprio STF (mais um ponto para a ausência de integridade) já reconheceu que a proibição do retrocesso prevalece em termos de direitos fundamentais. Isto significa que se deve excluir situações de desfazimento de conquistas estabelecidas por determinado patamar de direitos fundamentais. Reconhece-se a cláusula como parâmetro constitucional necessariamente observável em matéria de direitos fundamentais (ARE 745.745 AgR, ARE 727.864 AgR). A decisão viola claramente a proibição do retrocesso.²⁸⁷

Conforme já mencionado anteriormente por outros doutrinadores, Meyer ressalta a proibição do retrocesso em relação aos direitos fundamentais já reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como quarto aspecto.

Por fim, o quinto e último aspecto diz respeito à atuação anômala do STF na relação entre os três poderes. Tendo o entendimento aplicado no julgamento do HC

²⁸⁶ MEYER, Emilio Peluso Neder. Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?. Disponível em < <http://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016> > Acesso em 14.02.2017.

²⁸⁷ MEYER, Emilio Peluso Neder. Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?. Disponível em < <http://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016> > Acesso em 14.02.2017.

126.292 feito a desconstitucionalização de um direito fundamental consolidado como cláusula pétrea, violando uma perspectiva republicana.

Do completo apagamento do texto estabelecido constitucionalmente no art. 5º, inc. LVII, decorre uma atuação anômala do STF na relação entre os três poderes. Não é necessário discutir a fundamentação jusfilosófica do controle de constitucionalidade: a decisão no HC 126.292 viola uma perspectiva “liberal”, já que é flagrantemente uma desconstitucionalização de um direito fundamental consolidado como cláusula pétrea; ela viola uma perspectiva “republicana”, dado que apenas forçosamente o STF estaria obrando em prol de liberdades públicas de participação; e, é claro, dessas duas violações decorre uma agressão a uma perspectiva “procedimentalista”, seja pelo desprezo às garantias fundamentais, seja por se sobrepor o STF ao Congresso Nacional a algo que nem pela via da emenda constitucional seria tolerável. Nem mesmo caso se alterasse o modelo de recursos extraordinários a questão seria indiscutível, já que tal mudança teria efeitos diretos sobre o significado da presunção de inocência.²⁸⁸

Para concluir, alega que não faltam argumentos para criticar a decisão tomada pelo STF, mas que isso não significa ser conivente com a impunidade, e sim que o seu controle deve ser feito dentro das diretrizes do Constitucionalismo brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal se curvou diante da opinião pública quando decidiu o julgamento do Habeas Corpus 126.292, é essa a crítica que se extrai da manifestação de alguns operadores do direito.

Para Alberto Zacharias Toron, o resultado é “duplamente desolador”. Primeiro porque, a pretexto de se interpretar a Constituição, negou-se vigência a uma garantia do cidadão. Ao invés de lermos que não se presume a culpa até o trânsito em julgado, agora devemos ler que não se presume a culpa até o julgamento em segunda instância. Se o Constituinte errou, pior para ele. Mudar a regra constitucional, nem pensar. O Supremo faz isso sozinho, tiranicamente.²⁸⁹

Na visão do advogado Alberto Zacharias Toron, foi negado vigência à uma garantia do cidadão contida na Constituição Federal, bem como, a partir do julgamento histórico do STF a forma correta de se interpretar o texto constitucional é de que não se presume culpabilidade até o julgamento do processo criminal em segunda instância.

²⁸⁸ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?*. Disponível em < <http://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016> > Acesso em 14.02.2017.

²⁸⁹ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniaao-publica-antecipar-pena> > Acesso em 15.02.2017.

O advogado Fernando Hideo Lacerda, professor de Direito Penal e Processual Penal, concorda e afirma que ao atender o que julga ser a opinião pública, o Supremo "busca um lugar indevido sob os holofotes". "O mais sintomático, nessa época em que as garantias individuais estão sendo lavadas a jato pela espetacularização do processo penal, é ouvir de um ministro que a mudança na jurisprudência é para ouvir a sociedade". Para Lacerda, a leitura do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, deixa óbvio que a privação da liberdade deveria aguardar o julgamento dos recursos cabíveis. Foi o que decidiu o Supremo em 2010, aliás, quando disse que a Constituição é literal ao dizer, no inciso LVII do artigo 5º, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".²⁹⁰

Já o advogado Fernando Hideo Lacerda critica o voto do Ministro Relator quando alega que a motivação de sua mudança de entendimento jurisprudencial é a manifestação de vontade da sociedade.

O advogado Celso Vilardi afirma que a mudança é "lamentável", pois não faz sentido que o tribunal altere posição definida em julgamento ainda recente. Ele discorda de outro fundamento apresentado pelo ministro Teori Zavascki: o de que a prisão é possível porque a fase de análise de provas e de materialidade se esgota em segundo grau. Vilardi diz que, embora não haja julgamento de matéria de fato, vários casos já sofreram mudanças significativas após análises de recursos extraordinários (no STF) e especiais (no Superior Tribunal de Justiça).²⁹¹

Para Celso Vilardi, a despeito do que foi mencionado pelo Ministro Relator no julgamento do Habeas Corpus 126.292, de que é possível executar a prisão vez que não há análise de provas e de materialidade, vários casos já sofreram mudanças significativas nas instâncias superiores.

Guilherme San Juan Araujo se filia ao mesmo entendimento:

A decisão do STF está em dissonância com a carta garantista de 1988, ao passo que viola o princípio da presunção de inocência, tão duramente conquistado. Importante que lembremos que não são poucos os casos em que o Superior Tribunal de Justiça e STF reformam total ou parcialmente decisões penais condenatórias. O prejuízo que será trazido com o novo marco será irreparável nesses casos.²⁹²

²⁹⁰ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniaio-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15.02.2017.

²⁹¹ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniaio-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15.02.2017.

²⁹² VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniaio-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15.02.2017.

Ele aponta os inúmeros casos em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reformam as decisões penais condenatórias.

Para o criminalista Bruno Rodrigues, mais vale aguardar o trânsito em julgado do que condenar um inocente à execução da pena, diante das estatísticas de Habeas Corpus e Recursos concedidos pelo STF nos anos de 2008 a 2012.

Se forem realizadas pesquisas sobre a reforma de acórdãos nos recursos especial e extraordinário vamos verificar que um grande número também sofre reforma, não importando neste momento qualquer resposta à sociedade quando o tema tratado é a liberdade de um cidadão. E acrescenta que mais vale aguardar o trânsito em julgado do que privar um inocente a cumprir a pena ou um apenado cumprir pena maior ou em regime mais grave do que o que vier a ser condenado ao final do processo.²⁹³

A Ordem dos Advogados do Brasil também demonstrou as estatísticas acerca de reforma de decisões de segundo grau pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, sustentando que em razão da natureza da decisão a execução da pena provisória é preocupante, vez que produzirá danos irreparáveis a quem tiver o encarceramento determinado de forma injusta.

Nesse cenário, o controle jurisdicional das cortes superiores mostra-se absolutamente necessário à garantia da liberdade, da igualdade da persecução criminal e do equilíbrio do sistema punitivo.²⁹⁴

O criminalista Marcelo Leonardo se manifesta:

Se um acusado responde ao processo em liberdade por falta de motivos de prisão provisória, o julgamento na segunda instância é motivo insuficiente para mandá-lo atrás das grades. Ele considera ainda que o número de prisões vai aumentar, assim como o número de pedidos de HCs impetrados no STF e no STJ.

Segundo ele, só faz sentido retirar a liberdade de um réu quando há motivos para sua prisão provisória, ao contrário, o julgamento em segunda instância não é motivo suficiente a ensejar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

²⁹³ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena> > Acesso em 15.02.2017.

²⁹⁴ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena> > Acesso em 15.02.2017.

O jurista Daniel Bialski afirma que a decisão da Suprema Corte irá gerar insegurança jurídica tendo em vista que cada juízo irá prolatar sentenças diferentes, aumentando o número de Habeas Corpus impetrados.

O aumento vai ocorrer justamente porque o Habeas Corpus é um remédio rápido para solucionar questões urgentes. O constrangimento de ficar preso, uma hora, um dia ou uma semana é algo que marca, que a pessoa nunca esquece.²⁹⁵

O juiz Alexandre Morais da Rosa, segundo Marcos de Vasconcellos, classifica o entendimento firmado no julgamento do Habeas Corpus 126.292 como “retumbante erro histórico”.

Afirma que os Ministros que participaram do julgamento inverteram a lógica de uma democracia construída a ferro e fogo.

O que temos hoje é a corte constitucional fazendo uma reforma constitucional para si, visando interesses próprios, no sentido de reduzir o número de recursos, e outros ministros jogando para a torcida, no sentido de atender os conclames da rua. E esse movimento é feito por ministros, dos quais se têm respeito, e que, do ponto de vista da história da civilização no tocante ao Direito e Processo Penal, pouco entendem. Raramente nós poderíamos exigir que um ministro dominasse todos os ramos do Direito²⁹⁶

Na opinião de Alexandre Morais da Rosa, o entendimento firmado foi fundamentado com base no interesse próprio dos Ministros de reduzir a quantidade de recursos especiais e extraordinários, bem como para atender à vontade do povo.

No entanto, afirma que estes não possuem conhecimento acerca da construção histórica do Direito e do Processo Penal.

Nesta linha, a Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo alega que houve um retrocesso por parte do Supremo Tribunal Federal.

Não se admite que, não tendo alcançado êxito naquela mudança, no palco adequado, o Congresso Nacional, com os legítimos representantes da

²⁹⁵ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinio-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15.02.2017.

²⁹⁶ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinio-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

sociedade, eleitos pelos brasileiros, venha agora o STF a verdadeiramente afastar a cláusula pétreia por decisão de seus ministros.²⁹⁷

Continua dizendo, que mesmo tendo o STF encaminhado ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda Constitucional que visava permitir a execução provisória da pena, esta não obteve a aprovação pelo Poder Legislativo. Assim, se esta proposta não foi aceita pelos representantes da sociedade, que foram eleitos pelo povo, não cabe ao Supremo Tribunal Federal de forma interpretativa afastar uma cláusula pétreia com base no entendimento dos Ministros.

O criminalista José Roberto Batochio, sustenta que a decisão proferida pela Suprema Corte implica em ruptura da ordem constitucional que foi estabelecida pela Constituição Federal promulgada em 1988.

Agora, uma outra ordem constitucional foi instituída, não positivada em texto que emana da soberania da nação, expressa em assembleia nacional constituinte, mas nascida da idiosincrasia da maioria dos membros que compõe a Corte Suprema (já se disse que a constituição não é o que ela é, mas sim o que dissermos que ela é). Portanto, referência exegética não é mais o Texto Magno, que a vontade do Povo, por seus representantes, fez escrever, mas, sim, tão-somente o que vier a entender a maioria de seus julgadores... Uma autorreferência que se inclina ao absoluto... Deus guarde as liberdades no Brasil.²⁹⁸

As críticas são no sentido de que o julgamento veio confirmar o posicionamento segundo o qual a Constituição não é mais o que nela está expresso e escrito, mas a interpretação que a Suprema Corte dá à ela.

O Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo, Ademar Gomes, alerta que a decisão é inconstitucional e vai contra o princípio da presunção de inocência. Afirma que a decisão privilegia a antecipação de um juízo provisório de julgamento que, em última instância, poderá ser reformado em benefício do réu.

A demora nos julgamentos não podem ser debitados aos condenados. Este novo entendimento do STF faz com aquele que não possui qualquer culpa pela morosidade ocasionada pela inoperância da máquina judiciária pague a conta e permaneça preso sem a formação definitiva de sua

²⁹⁷ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinioao-publica-antecipar-pena> > Acesso em 15.02.2017.

²⁹⁸ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinioao-publica-antecipar-pena> > Acesso em 15.02.2017.

culpa, acrescentando que a execução provisória poderia se restringir apenas a casos de delinquência contumaz ou de crime hediondos.(...) o acusado preso de forma provisória, caso venha a ser absolvido posteriormente em grau de recurso, experimentará prejuízo moral irreparável.²⁹⁹

Continua sustentando que os acusados arcarão com a demora nos julgamentos ocasionada pela inoperância da máquina judiciária, eis que ficarão presos sem formação definitiva de culpa. Desta forma, caso venham a ser absolvidos posteriormente em julgamento de recurso especial ou extraordinário, sofrerão prejuízo moral que não poderá ser reparado.

O advogado José Horácio Halfed Rezende Ribeiro, presidente do Instituto de Advogados de São Paulo, afirma que a situação criada é grave, por não haver tecnicamente interpretação que torne possível justificar o julgamento feito pelo STF.

A situação é de extrema gravidade, não somente pelo evidente caos do sistema carcerário e pela insegurança jurídica, mas, especialmente, porque há muito a doutrina abalizada considera a garantia constitucional como cláusula pétrea que não pode ser abolida ou modificada, o que impediria o Poder Legislativo de mudar a norma criada por Assembleia Nacional Constituinte. Se, de fato, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no artigo 102 da Carta Magna, não há tecnicamente interpretação possível para justificar o julgamento proferido. Se não há brasileiro acima da lei, também não existe abaixo dela.³⁰⁰

A preocupação se dá não apenas pela situação do sistema carcerário ou pela insegurança jurídica que foi gerada pela mudança de entendimento por parte da Suprema Corte, mas por haver grande parte da doutrina que considera a garantia constitucional em questão imutável pelo Poder Legislativo, eis que se trata de cláusula pétrea.

De outro modo, o diretor da escola Fundação Getúlio Vargas, Oscar Vilhena, entende que o Supremo Tribunal Federal não prestigiou a tradição democrática, eis que seguiu um padrão internacional quando autorizou a prisão a partir de decisão de segunda instância. ³⁰¹ Em entrevista para o Jornal Folha de São Paulo, disse que o

²⁹⁹ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15.02.2017.

³⁰⁰ VASCONCELLOS, Marcos de. *Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15.02.2017.

³⁰¹ FOLHA DE SÃO PAULO. *Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-violou-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml> Acesso em 16.02.2017.

padrão internacional é o do duplo grau de jurisdição, que inclusive, é assim nos Estados Unidos. Se mostrou favorável à decisão da Suprema Corte, pois esta mudança não afeta o direito de defesa, vez que até os aos 90 o STF tinha o mesmo entendimento.³⁰²

Ademais, menciona que o argumento de Teori Zavascki, Ministro Relator, admite a interposição de recursos, no entanto, sem a suspensão da execução da pena. Porém, ressalva que o que lhe preocupa são os 240 mil presos sem julgamento, sendo a maioria destes pobres, e o fato do STF ter deixado esta questão intocada.³⁰³

Ele afirma serem os Tribunais de Justiça dos Estados mais conservadores que o Supremo Tribunal Federal, o que tem levado o Supremo a reformar decisões de segunda instância. Assim, acredita que eventualmente esta decisão vá diminuir a impunidade no Brasil. Mas que seu maior problema é a quantidade de acusados sem julgamento. Menciona, ainda, que o número de condenados que possuem condições de recorrer aos tribunais superiores, através de recurso especial ou extraordinário, representa um percentual muito inferior aos presos sem condenação.³⁰⁴

Por fim, conclui que o ideal seria que a mudança pretendida fosse feita através de uma Emenda Constitucional. Entretanto, afirma que por ter o Congresso a tendência de não aprovar esta reforma, o Supremo Tribunal Federal deu uma nova interpretação ao texto constitucional.

Para os juristas José Ribas Vieira e Ramieri Lima Resende, o que ocorreu não foi inédito no Direito Constitucional.

Diferente do que possa parecer, o fenômeno não é novo para o direito constitucional. A seu respeito já palestrava Georg Jellinek em 1906, ao considerar que não apenas o Legislador apresenta-se capaz de provocar uma mudança na interpretação das leis e do texto constitucional suficiente a configurar uma **mutação**, mas também podem produzir semelhante fenômeno a prática parlamentar e administrativa e os próprios tribunais, por

³⁰² FOLHA DE SÃO PAULO. *Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml> Acesso em 16.02.2017.

³⁰³ FOLHA DE SÃO PAULO. *Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml> Acesso em 16.02.2017.

³⁰⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. *Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml> Acesso em 16.02.2017.

intermédio dos quais uma norma constitucional adquire um significado totalmente distinto do que possuía originariamente.³⁰⁵

Com a citação do autor Georg Jellinek, afirmam que não apenas o legislador é hábil para provocar mudanças na interpretação do texto constitucional que gerar uma mutação.³⁰⁶ Os próprios tribunais são capazes de fazer uma mutação com a finalidade de conferir um significado diferente ao originário, sustentam. Entretanto, questionam quais os motivos reais que justificam a alteração de forma radical, como ocorreu, do significado constitucional em um período de apenas sete anos. Entendem que a discussão se torna ainda mais polêmica quando a iresignificação se dá em relação à princípios e direitos fundantes da própria ordem constitucional.³⁰⁷

Essa discussão se intensifica ainda mais, quando se atesta que foram “ressignificados” princípios e direitos fundantes da própria ordem constitucional, positivados nos artigos 1.º, III, e 5.º, LVII, da Carta de 1988 (dignidade da pessoa humana e presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação), os quais devem primar pelos requisitos de estabilidade e permanência, especialmente quando protegidos pela rigidez absoluta assegurada pelo artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição.³⁰⁸

Eles consideram, que ocorreu um retrocesso em relação às liberdades fundamentais individuais, sendo notória esta evidência.

Interessante notar que a admissão de medidas restritivas às liberdades fundamentais individuais demonstra-se inerente ao chamado sistema constitucional das crises, ou seja, vinculado a regimes temporários de exceção e aplicável em situações de excepcionalidade institucional (estado de defesa e estado de sítio). No Brasil, porém, o rol dessas medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais é taxativo e não admite o atingimento do conteúdo “superconstitucional” dos preceitos magnos resguardados pelo artigo 60, § 4.º, da Constituição, com a única exceção para a hipótese de

³⁰⁵ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³⁰⁶ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³⁰⁷ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³⁰⁸ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

estado de sítio decretado com fundamento em declaração de guerra, ou no caso de agressão armada estrangeira.³⁰⁹

Assim, mencionam que as medidas restritivas às liberdades individuais só podem ser aplicadas à regimes temporários de exceção (estado de defesa e estado de sítio). Ademais, o rol dessas medidas é taxativo e não admite a afetação do conteúdo “superconstitucional”, com uma única exceção para o estado de sítio que for decretado com base em declaração de guerra.³¹⁰

Entretanto, ressaltam que o Supremo Tribunal Federal não operou sobre esta hipótese excepcionalíssima, quando julgou o Habeas Corpus.

Ainda, trazem à discussão o questionamento acerca de haver ou não afronta direta às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, o Brasil ratificou.

Assim, apesar do Supremo Tribunal Federal ser considerado um intérprete do texto constitucional, quando um determinado Estado ratifica um tratado internacional, como o Pacto de São José da Costa Rica, todos os seus juízes estão submetidos às suas disposições.³¹¹

Portanto, surge a obrigação de velar para que a eficácia normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos não acabe sendo obstaculizada pela aplicação de leis internas que contrariem seu objeto e finalidade.

Para eles compete ao Supremo Tribunal Federal exercer um controle difuso de convencionalidade, já mencionado anteriormente, entre as normas contidas na Convenção Americana e as normas internas aplicáveis, de modo que seja levado em conta tanto o texto do Pacto quanto a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que esta possui a posição de intérprete último da Convenção em questão.³¹²

³⁰⁹ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹⁰ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹¹ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹² VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda->

Destacam as normas internacionais contidas na Convenção Americana referentes ao tema:

“Artigo 7.º – Direito à liberdade pessoal [...] Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.[...]”.

“Artigo 8.º – Garantias judiciais [...] 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: [...] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” [grifou-se].³¹³

Dos trechos mencionados, se pode extrair a imprescindibilidade de que o Estado disponibilize ao réu um recurso que seja capaz de impugnar sua condenação em instância superior, em relação a do juízo que proferiu a sentença.

No entanto, não basta apenas que seja um recurso formal ou cheio de pressupostos extraordinários, é necessário que seja capaz de impugnar e acessível a todos.

A jurisprudência da Corte IDH configura-se há muito pacífica sobre tal aspecto, consoante se atesta no julgamento do caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), ocasião em que o direito de recorrer da sentença foi considerado uma garantia primordial a ser respeitada no marco do devido processo legal, com vistas a permitir que uma sentença desfavorável possa ser revisada por um juiz ou tribunal distinto e de superior hierarquia orgânica.³¹⁴

O entendimento referido pelos juristas encontra respaldo no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, datado de 1966, contendo um artigo que prevê que toda pessoa que for declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da

[instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>](#) Acesso em 16.02.2017.

³¹³ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? Disponível* em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹⁴ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? Disponível* em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

sentença que for condenatória e da pena a uma instância superior, nos termos da lei.³¹⁵

Portanto, o Comitê de Direitos Humanos considera que a falta de disponibilização de um recurso que impugne amplamente a decisão para a instância superior, ou seja, com a cognição de todas as questões referentes à causa, com fatos, direito aplicável e meios de prova, viola o citado no artigo acima mencionado.³¹⁶

Tendo em vista que as garantias judiciais buscam que quem esteja incurso em um processo não seja submetido a decisões arbitrárias, a Corte interpreta que o direito de recorrer contra a sentença não poderia ser efetivo, se não se garantisse o respeito de todo aquele que fosse condenado, já que a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado. Resulta contrário ao propósito desse direito específico, se não fosse garantido para quem é condenado mediante uma decisão que revoga uma sentença absolutória. Interpretar contrariamente implicaria deixar o condenado desprovido de um recurso contra a condenação. Trata-se de uma garantia do indivíduo frente ao Estado, e não apenas um guia que orienta o desenho dos sistemas recursais nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes da Convenção.³¹⁷

Desta forma, seria imprescindível que o direito de recorrer contra a sentença condenatória fosse efetivado através do garantido respeito ao condenado. Interpretação em sentido contrário, acabaria por privilegiar a ausência de defesa e recurso contra a condenação. Ainda, ressalvam que este direito não se presta apenas à guiar os sistemas recursais, mas se trata de uma garantia do indivíduo frente ao Estado.

De maneira mais aprofundada, os doutrinadores sustentam que o sistema recursal penal brasileiro necessita de mudanças a fim de se adequar ao disposto no precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

³¹⁵ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹⁶ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹⁷ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

Mas, uma possível adaptação se dá pela utilização do remédio constitucional do Habeas Corpus, na condição de substituto do recurso de caráter ordinário para os tribunais superiores, havendo cognição ampla, com a apreciação de questões fáticas, probatórias e jurídicas referentes ao caso concreto.

Assim, diante das considerações feitas, identificam a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que seja disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária, dirigido aos tribunais superiores.

Entretanto, não puderam identificar na Convenção Americana de Direitos Humanos, uma disposição normativa específica que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Desta forma, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender esta linha interpretativa, de acordo com os autores.

Esse vazio normativo verificado no Pacto de San José de Costa Rica não impede que outros condicionamentos jurídico-constitucionais sejam aplicados à eficácia da sentença penal condenatória, de acordo com a norma mais favorável ao indivíduo. Aliás, não é outro o norte hermenêutico positivado no artigo 29.b, da CADH, segundo o qual nenhum dispositivo da Convenção deverá ser interpretado no sentido de “*limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados*”.³¹⁸

De qualquer sorte, os doutrinadores afirmam que este vazio normativo, como mencionam, não obsta à aplicação de outras diretrizes jurídicas de cunho constitucional, vez que há uma orientação que determina que nenhum dispositivo deve ser interpretado no sentido de limitar o exercício de qualquer direito ou liberdade.

Ao adotar o princípio *pro homine*, o direito internacional dos direitos humanos outorga prevalência à norma que promova a proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana, independente da fonte originária da obrigação, além de impulsionar uma interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações. Nesse ponto, a vedação ao retrocesso poderá servir de balizamento para que as liberdades fundamentais individuais não sejam diminuídas, especialmente por quem detenha apenas o poder constituído.³¹⁹

³¹⁸ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16.02.2017.

³¹⁹ VIEIRA, José Ribas. *Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda->

Os mesmos doutrinadores, atentam para o fato de que as liberdades fundamentais individuais não podem ser diminuídas com base na vedação ao retrocesso.

Tudo o que foi exposto compõe um panorama geral, mas não exaustivo do posicionamento doutrinário acerca do veredito proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, feito pelo Supremo Tribunal Federal, e como visto alguns juristas estão a favor e outros contrários ao novo paradigma apresentado no acórdão.

CONCLUSÃO

Não podemos afirmar que a pesquisa está concluída, até porque o tema continua em ebulição. Foi objeto de novo julgamento em setembro de 2016, ocasião em que o mesmo veredicto foi confirmado. Porém, essa última decisão do Supremo Tribunal Federal escapa de nossa atenção.

Como dissemos, o debate continua vivo nas Câmaras dos Tribunais de Justiça e certamente muito ainda será objeto de discussão.

É certo que existem várias correntes doutrinárias, como vimos, favoráveis e contrárias aos argumentos lançados no voto vencedor do Habeas Corpus nº 126.292/SP, que procuram relativizar o trânsito em julgado das decisões condenatórias criminais. Como pensamos, essa decisão destrói ou ao menos enfraquece o princípio da presunção de inocência, uma garantia fundamental conquistada através de lutas sociais travadas no curso da história.

Por mais que queira argumentar em favor do resultado do julgamento em estudo, dizer que o número de magistrados com assento nas cortes superiores justificaria a aplicação da pena antecipadamente é assertiva por demais superficial. Quando se fala que menos de 1% (um por cento) dos recursos da defesa são providos na Suprema Corte, está se esquecendo que essa porcentagem deve ser contada em número de vidas humanas, cujas sentenças condenatórias foram reformadas, o que significa, quando aplicada a presunção de inocência com todo seu vigor, a manutenção da liberdade de um inocente.

Quem diz que é necessário incentivar a redução de interposição de recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal esquece que, com isso, haverá um aumento, na mesma proporção da redução, no oferecimento de *habeas corpus* na mesma corte.

Quando se sustenta que a prisão do condenado não é condicionada ao trânsito em julgado da decisão, mas sim, que depende simplesmente de ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, está se afastando o princípio da presunção de inocência, já que esse argumento também poderia ser usado para defender o cumprimento da pena privativa de liberdade logo após decisão de primeiro grau.

A prisão de um condenado pode não estar condicionada a prova colhida e demonstrada contra ele. Muitas vezes as questões de direito vão determinar a imposição da pena, a sua quantidade e o seu regime inicial de cumprimento. Portanto, afirmar que a presunção de inocência prevalece até que se prove a culpabilidade em segundo grau, um dos argumentos em favor do voto vencedor, é tese que não se sustenta.

Embora se trate de um princípio, a previsão contida no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, estado ideal de direitos e garantias individuais, sendo mandado de otimização, não pode ser ponderada quando não se apresenta um conflito com outros. É que nesse particular a sistematização pretendida não é óbvia, não se pode dizer, sob qualquer interpretação, que a presunção de inocência diminui a cada julgamento e recurso interposto.

O preceito constitucional pesquisado não admite interpretação diferente da literal, porque ele é claro e preciso. Senão, estar-se-ia recriando a norma jurídica.

É preciso prestigiar o princípio da presunção de inocência, verdadeira cláusula pétrea, que ilumina todo um sistema penal infraconstitucional, construído a fim de evitar abusos do Estado. Exemplo disso é o artigo 105 da Lei de Execução Penal, ao indicar que o trânsito em julgado da decisão condenatória é pressuposto do cumprimento da pena. Assim, ao contrário da previsão contida no artigo 637 do Código de Processo Penal, é imperativo que seja dado efeito suspensivo da decisão penal condenatória quando da interposição de recursos às Cortes Superiores.

Ao Supremo Tribunal Federal é reservada a missão de velar pelo cumprimento da Constituição, não podendo substituir o legislador. A alteração dos critérios que informam o trânsito em julgado das decisões penais condenatórias e a aplicação do princípio da presunção de inocência, operacionalizada por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, dependem de emenda constitucional.

Sempre que se fala em retirada de garantias, em supressão de direitos, é preciso estar alerta. Geralmente, o que se busca é esconder outra realidade, quase sempre em prejuízo da dignidade da pessoa humana. O Supremo Tribunal Federal, quando decide possibilitar a execução da pena privativa de liberdade a partir da confirmação da condenação por tribunal colegiado, trafega na contramão da história. A tendência dos ordenamentos jurídicos mais avançados é no sentido de buscar a aplicação, sempre que possível, de penas alternativas à prisão, buscando não só

manter o condenado próximo a sua família, mas possibilitando que trabalhe e se mantenha integrado à sociedade.

Por óbvio, em casos extremos, é necessário segregar o apenado com base em uma decisão penal condenatória irrecorrível ou mesmo cautelarmente, nesse último caso nas hipóteses da prisão preventiva ou temporária. Fora dessas hipóteses, as medidas restritivas das liberdades individuais só podem ser aplicadas em regimes temporários de exceção, tal como acontece no estado de defesa, no estado de sítio ou na maioria das ditaduras.

Os argumentos garantistas que privilegiam a segurança jurídica são no sentido de que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental e, sob esse ponto de vista, não se pode concordar com a mudança de interpretação constitucional operacionalidade por nossa corte maior, visto que ele está intimamente ligado ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Em um estado democrático de direito, busca-se garantir um juízo de não culpabilidade prévio do acusado antes de haver uma decisão definitiva. É a norma prevista em nossa Constituição Federal, uma vez que seu artigo 5º, inciso LVIII, prescreve que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, expressão republicana que não pode sucumbir diante de uma interpretação constitucional equivocada, construída para dar cabo à impunidade, mas que, na verdade, apenas sonega direitos indisponíveis.

Segundo a melhor doutrina citada, os argumentos constantes do voto vencedor são de cunho eminentemente político, mas de normatividade e juridicidade questionáveis. O julgamento parece ter sofrido grande influência do contexto social deste Brasil, que luta para superar a crise econômica que se agravou nos últimos anos, que busca manter suas instituições com um mínimo de credibilidade.

A questão da impunidade, um dos argumentos utilizados pelo Relator do Habeas Corpus, não está ligada ao número de recursos possíveis à disposição do processo, mas sim à rapidez com a qual se atinge o trânsito em julgado da decisão condenatória penal. Além disso, é importante lembrar que nem sempre a prisão é a melhor medida retributiva a ser aplicada ao condenado. Melhor ter em vista o caráter educativo das penas alternativas, que, se bem aplicadas e fiscalizadas, promovem a ressocialização do indivíduo.

Aos agentes perigosos, que provavelmente vão continuar delinquindo, ameaçando testemunhas, impedindo a colheita de provas, que causem com seus atos grande clamor público, devem ser utilizadas, desde logo, as prisões cautelares, na fase indiciária ou processual. O discurso da morosidade da justiça deve ser combativo com a celeridade processual, com a aplicação do princípio da duração razoável do processo, adequando a estrutura judiciária à demanda processual existente. A quantidade de recursos existentes, que decorre de previsão legal, cuja extinção dependeria de alteração legislativa, também é fator que não implica em aumento da criminalidade ou impunidade, como já assinalado, já que são os recursos elementos indispensáveis à aplicação da presunção de inocência.

O tema do aumento da criminalidade deve passar por um debate mais profundo. A delinquência deve ser enfrentada com investimento maciço em educação, com medidas de governo que retirem as crianças de situações de risco e perigo, aliás, já previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas que não chegam a ser implementadas com sucesso. Aos adolescentes infratores devem ser aplicadas medidas socioeducativas eficientes que contem com efetiva fiscalização do poder público em um consistente programa pedagógico, já que a criança em estado de abandono de ontem é o adolescente infrator de hoje e o criminoso de amanhã.

Aos presos, deve ser dado local digno para o cumprimento de suas penas, com o fornecimento de ensino profissionalizante adequando e tratamento psicológico. Ainda, os egressos do sistema penitenciário devem ser contemplados com um programa de recolocação no mercado de trabalho, com impecável acompanhamento de cientistas sociais, psicólogos e técnicos judiciários, tudo com o fito de impedir a reincidência criminal.

Por outro lado, a decisão proferida por nossa Suprema Corte, como afirmamos na introdução dessa dissertação, é inexecutável em virtude de superlotação das cadeias e presídios brasileiros. Segundo dados fornecidos pela Ordem dos Advogados do Brasil, a nossa população carcerária é a quarta maior do planeta. Sim, onde se diz que “ninguém vai preso” é o local onde existem mais de 622.202 pessoas encarceradas e, apesar disso, não vemos nenhuma diminuição dos índices de violência. Isso significa que a prisão em massa não responde aos anseios de segurança que a sociedade deseja.

Segundo o advogado Alexandre Salomão, conselheiro estadual da OAB Paraná, *“a grande maioria dos que se encontram privados da liberdade foram acusados ou condenados pela prática dos crimes de tráfico drogas, roubo e furto. Esses infratores da lei penal são encaminhados para locais que não possuem as mínimas condições de promover recuperação ou reinserção”*. Ainda, *“a política de segurança pública das sensações acabou transformando o que ontem era um depósito de delinquentes ‘indesejáveis’, em um perigoso caldeirão de brutalidade, violência e descontrole social”*. (Revista da Ordem, vol. 34, janeiro/fevereiro de 2017, pag. 42, disponível em www.oabpr.org.br). Então, é difícil compreender onde serão colocadas as pessoas que forem presas agora, com base nessa nova jurisprudência, que se forma a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009.

BEDÊ JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BELLAVISTA, Giralamo apud CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>> Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

BOTTINO, Thiago. *Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena*. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07.02. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação nº 1573. Relator Ministro Evandro Lins e Silva. 10 ago. 1966. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 225, p. 246-248, 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10461463. Acesso em 24/01/2017.

CAMARGO, Monica Ovinski de. Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CROZARA, Rorberg Souza. *Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência?* In: CARVALHO, Luiz Gustavo Gransinetti; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coords). *O novo processo penal à luz da Constituição: Análise, Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

DOTTI, René Ariel apud SOUZA NETTO, José Laurindo de. Processo penal: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

DUCLERC, Elmir. Direito Processual Penal. Vol. 1 2 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013.

FIGUEIREDO, Igor Nery. A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-violou-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml> Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

FURLAN, Anderson; GIMENES, José Jácomo; MORAES, Marcos César Romeira. Esperar o trânsito em julgado para prender levou a protelação da impunidade. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/jacomo-gimenes-esperar-transito-julgado-levou-protelacao-impunidade#author>. Acesso em 21.02.2017

GARCEZ, William. A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso em 11 de fevereiro de 2017.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: princípios e garantias. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-violou-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017

GOMES, Luiz Flávio e DOTTI, Ariel Renê. Execução Provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: Irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF e os funerais do estado democrático de direito. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal, estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#author. Acesso em 14.02.2017

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. Ed. rev. Atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55363&seo=1>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei apud FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A presunção de inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?. Disponível em < <http://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016> > Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORO, Sérgio Fernando. Crime de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem de dinheiro. In BALTAZAR JR., José Paulo (org.). Lavagem de dinheiro – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEREU, José Giacommoli. Comentário ao artigo 5º, LVII apud CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio I. (coords.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4 ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17 ed. rev. e ampl. Atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, 1. Ed.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro da. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUEZ, L.L.M., Javier Llobet. apud VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. Disponível em: revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/234/228. Acesso em 12 de março de 2017.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. Processo Penal: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Poder Judiciário viola a Constituição e expõe sua face justiceira aos holofotes da mídia. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao-e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho>> Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Teoria do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 31. Ed. 1. Vol. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção da inocência – prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre, 2007. Sergio Antônio Fabris.

VASCONCELLOS, Marcos de. Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

VIEIRA, José Ribas. Execução Provisória: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? Disponível em: <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

WROBLEWSKI, Jerzy apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: princípios e garantias. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.