

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MARIA BEATRIZ ESPÍNDOLA

**A INTERPRETAÇÃO ATRIBUÍDA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Florianópolis
2016**

MARIA BEATRIZ ESPÍNDOLA

**A INTERPRETAÇÃO ATRIBUÍDA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

2016

Dedico este trabalho, *in memoriam*, ao meu avô Milton João de Espíndola. As saudades são eternas, assim como suas lições de vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à Deus e aos meus pais, Hilda Luzia Martendal e Milton Luiz Espíndola, que sempre, de alguma maneira, contribuíram para a minha formação como pessoa e acadêmica.

Agradeço os meus familiares, por sempre me apoiarem nas minhas escolhas e me aconselharem nos momentos turbulentos. Também, não posso deixar de manifestar gratidão, em especial, à minha irmã Anna Luiza Espíndola.

Ainda, agradeço ao meu namorado Vinícius Araújo, principalmente, pelo carinho e pela paciência, diante das minhas ausências nesta reta final.

Ao professor e orientador Alexandre Morais da Rosa, por toda atenção e dedicação ao longo deste trabalho.

Às minhas amigas de curso Keline Bronner Lopes e Clarissa Limas Vieira, por tornarem meus dias na UFSC mais divertidos e por ouvirem minhas angústias e nervosismos durante a faculdade.

Por certo, tenho que agradecer, ainda, às minhas amigas Amanda Daniele, Ana Luiza, Andresa, Mariana, Mayara, Thaise e Thuany, por esses sete anos de amizade. Amo vocês!

Apenas quero dizer que todos vocês são muito importantes e participaram, de algum modo, da minha formação. Muito obrigada!

RESUMO

ESPÍNDOLA. Maria Beatriz. *A interpretação atribuída ao princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito – Área: Direito Processual Penal) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

Este trabalho objetiva avaliar a interpretação conferida ao princípio constitucional da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, num primeiro momento, serão analisados o conceito e os aspectos históricos relevantes acerca daquele princípio até a sua positivação na Constituição Federal de 1988, visando demonstrar a sua importância no ordenamento jurídico. Outrossim, pretende-se pontuar as discussões e interpretações decorrentes que envolveram a presunção de inocência após a promulgação daquela, mormente, a do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, que assentou o entendimento de que a execução provisória da pena viola o princípio da presunção de inocência, essa que perdura até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação. Em seguida, abordar-se-á o movimento que preconiza o alargamento do sistema penal, com a flexibilização das garantias, diante de uma sociedade de risco e globalizada, onde paira o sentimento de medo e impunidade do sistema. Ainda, o trabalho versará sobre a mudança de entendimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que iniciou com o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, ao se entender compatível a execução provisória da pena com a presunção de inocência, analisando os argumentos sustentados por todos os Ministros na ocasião, bem como destacar a repercussão da decisão na doutrina, com as principais críticas realizadas por essa. Há que se mencionar, também, a “reviravolta” ocorrida no Supremo Tribunal Federal, diante da não aplicação daquele entendimento e a concessão de liminar no Habeas Corpus n. 135.100/MG, por não se revestir de caráter vinculante. Por fim, cumpre tratar das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44 e o Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, pois o julgamento de ambos foram cruciais para a afirmação da orientação do Supremo Tribunal Federal decorrente do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, e, com o último, o reconhecimento de repercussão geral da matéria, delimitando, assim, o alcance do princípio da presunção de inocência, estampado no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Processo Penal. Constituição Federal. Princípio da Presunção de Inocência. Expansão do Direito Penal. Interpretação do Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	11
1.1. Breve histórico.....	11
1. 1. 1. Da existência de presunção de inocência apenas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.....	11
1. 1. 2. A rejeição da presunção de inocência e a influência das Escolas Italianas no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.....	17
1. 2. A presunção de inocência na Constituição Federal de 1988.....	21
1. 2. 1. Presunção de inocência como direito fundamental.....	22
1. 2. 2. Adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica.....	25
1. 2. 3. Decorrências da presunção de inocência.....	27
1. 3. O julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG.....	30
2. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELA JURISPRUDÊNCIA.....	33
2.1 O Movimento para recrudescer o sistema e flexibilizar as garantias.....	33
2. 2. O Voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do Habeas Corpus 126.292/2016.....	40
2. 3. Os principais argumentos dos demais Ministros.....	44
3. A REPERCUSSÃO DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 126.292/SP.....	52
3. 1. Manifestação da doutrina acerca decisão do Habeas Corpus n. 126.292/SP.....	52
3. 2. A reviravolta no Supremo Tribunal Federal.....	56
3.3 As Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 e a “conformidade” do artigo 283, do Código de Processo Penal com o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292/SP.....	60
3. 3. 1. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 43.....	60
3. 3. 2. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 44.....	62
3. 3. 3. O julgamento das Medidas Cautelares das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44.....	64
3. 4. A presunção de inocência e o reconhecimento de repercussão geral no Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246.....	79

CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 é a primeira no país a prever expressamente o princípio da presunção de inocência. Desde a promulgação, a doutrina e os Tribunais o interpretaram de modo a conferir maior ou menor alcance, tendo por último entendimento o firmado no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, que assentou a compatibilidade da execução provisória da penal com o referido princípio constitucional.

Aquela interpretação repercutiu na doutrina, que teceu várias críticas ao teor da decisão, como também na jurisprudência, em que os Tribunais de Justiça, desde fevereiro deste ano, a partir do julgamento, utilizaram-se daquele para decretar a prisão dos indivíduos em virtude de acórdão condenatório, sem analisar os requisitos da prisão cautelar.

O tema abordado no presente trabalho é relevante, visto que o princípio da presunção de inocência impõe uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, com a necessidade de superação da presunção de culpabilidade, a qual preconizava que o acusado deveria provar sua inocência, traduzindo-se numa garantia que decorre da própria dignidade da pessoa. Nessa conjuntura, pois, é essencial a identificação de como os Tribunais, em especial, o Supremo Tribunal Federal, considerado o "guardião da Constituição", interpretam o referido princípio em suas demandas judiciais, bem como as principais discussões que o circundam.

O interesse em se dedicar ao tema reside, essencialmente, na repercussão que aquela interpretação traz ao mundo jurídico e à realidade dos indivíduos que se encontram na posição de acusado num processo penal atualmente, como também a indagação em relação aos limites interpretativos acerca das garantias constitucionais.

Pretende-se, com esta monografia, contextualizar e analisar as razões utilizadas para justificar a recente alteração acerca da interpretação conferida ao princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal, visando pormenorizar os fundamentos da posição vencedora e dos Ministros que restaram vencidos no julgamento.

Ademais, serão elucidadas as principais críticas da doutrina e a "reviravolta" ocorrida no Supremo Tribunal Federal com a concessão de liminar no Habeas Corpus n. 135.100/MG, que não aplicou a orientação do julgamento de fevereiro, ao argumento de que essa não se reveste de caráter vinculante.

Outrossim, houve a propositura de duas Ações Diretas de Constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, que se relacionam intrinsecamente ao tema abordado neste trabalho, pois o dispositivo legal reflete a presunção de inocência e o ajuizamento das mesmas se deu em razão do entendimento firmado no Habeas Corpus n. 126.292/SP, motivo pelo qual

se dedicou um tópico para tratar do mesmo, diante da sua relevância para a definição da interpretação atribuída a presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal, como também o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, que conferiu repercussão geral a tese firmada em fevereiro deste ano.

O método de abordagem utilizado neste trabalho é o dedutivo, bem como o procedimento adotado consiste, essencialmente, na utilização de revisão bibliográfica, pesquisa à legislação e análise jurisprudencial, recorrendo-se, outrossim, a consulta em sítios eletrônicos, diante da atualidade do tema.

Assim, no Capítulo 1 realizar-se-á um breve histórico sobre as origens da presunção de inocência, que se inicia com a Roma Antiga, apesar de se considerar como marco de positividade desse princípio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e perpassa os períodos relevantes, com informações que contribuem para a compreensão da formação do nosso Código de Processo Penal de 1941, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a consagração expressa daquele. Outrossim, faz-se menção ao Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece a mesma garantia, cujo texto também foi aderido pelo Brasil.

Após a digressão histórica, analisa-se aspectos importantes da presunção de inocência, mormente, a sua natureza principiológica de direito fundamental e suas decorrências no ordenamento jurídico, finalizando o capítulo com a sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 84.078/MG, o qual assentou que a execução provisória da pena violaria tal princípio.

Inicia-se o Capítulo 2 com o movimento de expansão do sistema penal e a flexibilização das garantias, diante da sensação de impunidade que a sociedade possui, elucidando as alterações que ocorreram no Direito Penal e no Processo Penal, de modo a se adequar à nova realidade globalizada e de risco. Outrossim, tratar-se-á das “velocidades do direito penal”, elaborada por Silva Sanchez, para compreensão do item.

Em seguida, ocupar-se-á do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, com a análise dos argumentos dos Ministros, visto que iniciou a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e atribuiu outra interpretação ao princípio da presunção de inocência, ao assentar sua compatibilidade com a execução provisória da pena, ao argumento de que, diante do exaurimento da análise de provas e fatos nas instâncias ordinárias, é possível se inverter aquele nas instâncias extraordinárias e surtir, desde então, os efeitos da sentença condenatória.

O Capítulo 3 abordará as principais críticas tecidas pela doutrina acerca daquele julgamento, as liminares concedidas pelos ministros vencidos não aplicando o entendimento

firmado no Habeas Corpus n. 126.292/SP, diante da ausência de eficácia vinculante e, ao final, serão analisadas as Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44 e o Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, considerando a importância que o julgamento de ambos tiveram para assentar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca dos limites presunção de inocência, ao admitir a possibilidade de execução provisória da pena e reconhecer a repercussão geral da matéria.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está consagrado em nosso ordenamento jurídico, na Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso LVII, do art. 5º, e dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"¹, traduzindo-se, em síntese, numa garantia ao acusado que responde a um processo penal.

A atual Constituição, como se verá adiante, foi a primeira a inscrever expressamente esse princípio. No entanto, desde sua promulgação a jurisprudência oscila quanto à interpretação desse, tendo por última a do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP.

Contudo, antes de adentrar nas discussões doutrinárias e interpretações jurisprudenciais, faz-se necessária a retomada histórica do princípio da presunção de inocência, para melhor reflexão do seu significado.

1.1. Breve histórico

O presente trabalho, ao analisar as origens da presunção de inocência, terá como marco inicial a legislação romana, visto que, conforme Zanoide de Moraes², dela é possível extrair as bases do direito penal do inimigo e presunção de culpa, que percorreram toda a Idade Média, havendo quebra dessa base ideológica tão somente no iluminismo, com a expressão da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, essa que, apesar de concebida e materializada através de uma inscrição legal, não acarretou na criação de institutos que a firmasse, em razão do contexto político e social, como se verá num momento posterior. Outrossim, essa retomada histórica será importante para a compreensão das matrizes ideológicas que inspiraram o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

1. 1. 1. Da existência de presunção de inocência apenas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Maurício Zanoide de Moraes assevera que procedimento penal da Roma Antiga se dividiu em três momentos. No período comicial, que perdurou até a República, teve, primeiramente, a fase da *cognitio*, marcada pela precariedade dos institutos jurídicos e pelo

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 17/08/2016.

²ZANOIDE DE MORAES. Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

modo inquisitivo, o qual poderia o Rei conhecer de ofício das causas penais, apurar, julgar e condenar baseado nos costumes e de seu arbítrio, contudo, em razão da consolidação das instituições republicanas, surgiu, gradualmente, uma evolução desse procedimento para a fase da *anquisitio*, tendo como marco a Lei das XII Tábuas. Nessa fase, buscava-se a limitação de poder dos julgadores e a ampliação das garantias frente ao Estado.

Ao final do período republicano, o procedimento penal passou a se desenvolver com base num sistema acusatório, cabendo ao magistrado ser um representante imparcial do Estado, e, assim, o procedimento se iniciava por iniciativa popular, garantindo ao acusado, outrossim, o direito à defesa, submetendo, no final, o julgamento ao tribunal popular. Esse sistema era fundado na presunção de culpa, contudo admitia o "*in dubio pro reo*", visto que o ônus probatório era incumbido ao acusado, todavia, se ele conseguisse gerar dúvida nos julgadores, decidia-se pela absolvição.

No período imperial, existiram mudanças nas instituições processuais penais, em razão do modelo centralizador que se instaurou. O procedimento adotado nesse período ficou conhecido como "*cognitio extra ordinem*", marcado pelo modelo inquisitivo, presunção de culpa e pela utilização da tortura como meio de obtenção de prova. No entanto, foram inseridos preceitos que visavam mitigar os excessos daquele sistema, pois "por ser um sistema baseado na noção apriorística de culpa, percebeu-se a necessidade de se inserir cada vez mais um número de preceitos voltados a minorar os efeitos danosos daquela lógica estrutural, ínsita a todo sistema inquisitivo"³, ocorrendo a inserção de preceitos encontrados no *Corpus Iuris Civilis* (compilação da legislação imperial vigente à época), que visavam equilibrar aquela estrutura inquisitiva, como a interpretação mais benigna da lei, a absolvição em caso de dúvida acerca da materialidade e autoria do crime, dentre outros.

Porém, apesar de autores entenderem que na legislação da Roma Antiga haviam elementos do que hoje são decorrências, em parte, do princípio da presunção de inocência, no tocante a incidência probatória, como, por exemplo, o "*in dubio pro reo*", para Zanoide de Moraes, diante da formação dos modelos processuais baseados na presunção de culpa e na concepção de um direito penal do inimigo, "chega-se à conclusão de que por toda essa fase histórica não se pode afirmar que a presunção de inocência tenha sido sequer encetada"⁴.

Nessa perspectiva, Eugênio Raúl Zaffaroni ressalta, também, que nesse período histórico a legislação penal romana constituiu-se na "máxima expressão do delito como

³ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit, P. 27.

⁴ *Ibidem*. P. 39.

manifestação de inimizade ao estado, como realização do princípio de que a conservação deste estado é o fundamento da punição"⁵, corroborando que a presunção de inocência não teve seu início na legislação da Roma Antiga, tendo em vista sua estrutura ideológica.

O declínio do Império Romano foi marcado por crise social, política e econômica, ocorrendo, também, a invasão dos povos "bárbaros", sendo o marco inicial da Idade Média, esse caracterizado pelo controle da Igreja Católica Romana e o poder político descentralizado, por conta das invasões, como também pelo modo de produção feudal.

Os povos "bárbaros", conforme Maurício Zanoide de Moraes, utilizavam-se do direito costumeiro para a solucionar seus conflitos e, num primeiro momento, os julgamentos criminais se tratavam, em síntese, de vingança privada, com a utilização de duelos ou desafios para a resolução do caso, sendo que, ao final, o vencedor estaria com a razão. Assim, evidentes a primariedade e precariedade da forma pela qual se resolvia os conflitos nesse período.

Com o desenvolvimento de um poder central, instaurou-se um sistema penal baseado na composição pecuniária para crimes considerados menos graves e os mais graves eram julgados por assembleia popular. No entanto, com o aumento desses últimos, juntamente com a ampliação daquele poder, acabou-se estabelecendo uma nova forma de julgamento das causas penais, chamada de "juízos de Deus", a qual não se tratava de um procedimento penal em si, mas buscava entregar a Deus a decisão com relação a disputa. Todavia, essa forma de resolução dos conflitos, com o passar do tempo, foi eliminada, ressurgindo o sistema inquisitivo da *cognitio extra ordinem*, com influência dos preceitos canônicos, haja vista a força moral e melhor técnica judiciária dos bispos que, paulatinamente, sobrepuseram-se às formas de julgamento costumeiras e primitivas dos povos bárbaros.⁶

O cenário político-social europeu, no século XII, passou por mudanças, conforme Antônio Carlos Wolkmer, devido ao "enfraquecimento da nobreza feudal, ao crescimento da população, à expansão do comércio, ao desenvolvimento das cidades livres e das associações mercantis"⁷, surgindo, nesse contexto, a centralização do poder em pessoas escolhidas como representantes das comunidades, num primeiro momento e que, após, passou a ser transmitido hereditariamente.

Esse poder central, conforme Zanoide de Moraes, passou a deter o controle político, econômico e militar, expandindo-se sobre novos territórios, e, para manter seu domínio,

⁵ ZAFFARONI. Eugênio Raúl. BATISTA. Nilo. ALAGIA. Alejandro. SLOKAR. Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 388.

⁶ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 40-42.

⁷ WOLKMER. Antônio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas* da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006. P. 59.

necessitava da obediência de seus súditos, razão pela qual se estabeleceu uma nova ordem política e de forte controle. Nessa mesma fase, concomitantemente, as ideologias cristãs foram ascendendo, por força da catequização. Ambos desejavam ampliar seus domínios, visto que o poder real buscava a expansão territorial e econômica, bem como a Igreja Católica aumentar a quantidade de fiéis, buscando, ainda, o combate a heresia, e, tal como no Império Romano, o processo penal tornou-se meio de defesa dos domínios reais e da Igreja Católica contra seus inimigos, através do método inquisitivo, ficando os processos e julgamentos a ocupação dos membros dessa.

Na Inquisição, devido a influência religiosa, presumia-se a culpa do acusado, pois essa era oriunda do fato da pessoa ser humana, sendo ela a portadora do "pecado original", e, a partir dessa presunção, construiu-se o sistema inquisitivo canônico, sendo a confissão a rainha das provas.

No processo penal inquisitivo-canônico, o ônus probatório pertencia ao acusado, devendo esse provar sua inocência, como decorrência da presunção de culpa, bem como a dúvida do julgador não importava em absolvição, acarretando, tão somente, numa condenação a uma pena inferior, e, caso não houvesse algo contra o acusado, nem mesmo êxito na confissão por meio de tortura, ou não demonstrada sua má fama (que seria um indício de culpa), ocorreria absolvição de instância, mas jamais se admitia que o acusado era inocente.

Esse sistema tinha como principais características a utilização da tortura e o sistema de prova tarifada, o qual previa, através de lei, a valoração de cada prova, que delimitava também, conforme a quantidade e qualidade da prova, qual espécie de decisão se teria ao final, e definia o procedimento a ser aplicado, bem como os pressupostos necessários para a utilização da tortura, com objetivo de sanar dúvidas quanto a culpabilidade o acusado⁸.

Outrossim, extrai-se das palavras de Zaffaroni que:

A Igreja – como depositária da tradição jurídica romana imperial, adquirida quando de sua romanização - valia-se do interrogatório para obter a confissão, que era o modo de reverter o estado de pecado, entendido como característica pessoa que só evidenciava a infração. (...) O processo inquisitório foi a via lógica da averiguação da inimizade, e a confissão não mais que a confirmação do averiguado. A pena era a neutralização dessa inimizade e a imposição de disciplina pelo terror. Quanto mais se reuniam provas contra alguém, mais evidente a manifestação de sua inimizade com o monarca e, por conseguinte, maior deveria ser a pena: para grandes sintomas, grandes remédios e vice-versa.⁹

Por conseguinte, evidente que nessa fase histórica inexistia presunção de inocência, tendo em vista que se partia do princípio que o acusado era culpado, buscando a inquisição,

⁸ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 48-64.

⁹ ZAFFARONI. Eugênio Raúl. BATISTA. Nilo. ALAGIA. Alejandro. SLOKAR. Alejandro. Op.cit. P. 393.

através de seu aparato instrumental, a comprovação daquilo que já tinha como certo desde o princípio da investigação (a culpa), para legitimar a condenação do "inimigo" do reino ou o "herege". Ademais, para Zanoide de Moraes, "talvez seja a Inquisição o mais perfeito antípoda do que se deva entender por um sistema fundado na presunção de inocência"¹⁰.

Na Europa, conforme Nereu José Giacomolli, o estado de inocência apenas passou a ser construído com as críticas dos iluministas sobre os sistemas penais, trazendo à discussão a relação do poder punitivo estatal e a liberdade dos indivíduos como direito natural e inviolável dos cidadãos.¹¹

Diante de toda violência empregada na Inquisição, o sistema acabou se deslegitimando, mormente em razão da violência que se institucionalizou a época. Assim, os iluministas teceram críticas acerca da mesma e, segundo Maurício Zanoide de Moraes, observaram que aquele sistema penal era um dos exemplos evidentes dos abusos estatais. Entretanto, antes mesmo de refletirem acerca de um novo modelo processual penal, esses pensadores se depararam com a necessidade de traçar novas bases filosóficas e políticas sobre as quais precisaria a sociedade se fundar.

Para a concepção iluminista, o ser humano é a fonte e destino do poder estatal, e, por essa razão, não pode ser visto como inimigo do mesmo, pois, partindo da teoria contratualista acerca da origem do Estado, que se fortaleceu na Europa nos séculos XVI e XVII, principalmente com a obra de Jean-Jacques Rousseau, o cidadão renuncia a parte de sua liberdade natural em favor desse, para que lhe seja garantido uma vida em sociedade. Então, o Estado passa a ser fruto de um contrato social dos indivíduos, abandonando-se a ideia de autoridade oriunda de um direito natural ou transmitido hereditariamente, que podia ser exercido sem limites e em detrimento de seus cidadãos.

Esses ideais encontraram apoio na burguesia, classe social em ascensão a época e a mais afetada pela cobrança de tributos do Estado Absoluto utilizada para manutenção da estrutura de controle.

Nesse período, ressalta-se que os burgueses passaram a deter o poder econômico, e o Estado tornou-se dependente dos mesmos, pois visava montar estruturas de domínio bélico e ideológico, não se destinando a produção de riqueza, e, em decorrência disso, aquela classe social passou a influenciar o poder estatal. Os anseios sociais e políticos que se insurgiam contra o Estado Absoluto culminaram na Revolução Francesa, e com ela, buscava-se a mudança dos

¹⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Op. cit. P. 69.

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Devido Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 100.

paradigmas vigentes para a de um Estado que deveria atender sua população na busca de melhores condições de vida, repercutindo, ademais, as ideias iluministas no sistema criminal, com leis que regulassem o poder de punir estatal, a fim de proteger a liberdade e integridade dos cidadãos.¹²

Consoante Georg Jellinek, o pensamento revolucionário liderado pela burguesia, contribuiu para a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, essa que estipulou direitos básicos e fundamentais dos cidadãos, quais sejam, a liberdade, segurança e propriedade, rompendo com as bases teológicas, a medida em que o poder público emanava do povo. A referida declaração, expressando as concepções políticas e filosóficas iluministas, buscou assegurar "a coexistência dos homens com o máximo de independência possível e impondo limites ao exercício do poder estatal".¹³

Destarte, tal diploma legal buscou estabelecer princípios e direitos fundamentais do cidadão frente ao Estado, estando, dentre eles o princípio da presunção de inocência. E, segundo Fernando Brandini Barbagalo, foi o grande marco histórico desse princípio, superando a presunção de culpabilidade, ao dispor, na literalidade de seu artigo 9º, que "todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei"¹⁴. A inscrição legal, para o autor, foi um significativo avanço em relação aos abusos e exageros existentes, apesar de não estipular um critério temporal para delimitar até qual momento perduraria a presunção de inocência.¹⁵

Também, das palavras de Zanoide de Moraes, ressalta-se que:

O pensamento iluminista francês, embebido pelos avanços humanistas iniciados nos séculos XVI e XVII para o processo penal e o direito penal, foi buscar naquela classificação tripartida da "presunção" (técnica e mais humana) uma forma de revestir o cidadão de uma proteção ética e jurídica contra os desmandos estatais perpetrados pelo sistema processual penal inquisitivo. A esse termo juntou-se a noção de "inocência", agora desprovida de conteúdo teológico e voltada a consagrar a noção racional-iluminista de igualdade, um dos pilares da Revolução em todas as áreas (econômica, política, social e, também, jurídica). **Por ela, todos são inocentes e gozam desse estado político diante do poder estatal até que, por meio de um sistema probatório racional, consiga-se demonstrar que a conduta externa do cidadão é um crime.** (Destacou-se)¹⁶

¹² ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 69-76.

¹³ JELLINEK, Georg. *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Atlas, 2015. (Clássicos do direito). Organização e tradução de Emerson Garcia. P. 14.

¹⁴ FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acesso em 17/08/2016.

¹⁵ BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015. P. 38.

¹⁶ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 91.

Apesar dessa mudança de paradigma, que visava conter os excessos do *ius puniendi* estatal, e sua inscrição na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, não foi possível a criação de um sistema com institutos compatíveis com o princípio da presunção de inocência. Isso porque, para ruptura daquela estrutura e a materialização da nova concepção, necessitava-se da redução do poder central, o respeito dos cidadãos sujeitos a julgamento, bem como a melhoria na estrutura judicial.

1. 1. 2. A rejeição da presunção de inocência e a influência das Escolas Italianas no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941

Em razão do contexto social e, em especial, as guerras napoleônicas, o processo penal foi utilizado, novamente, como instrumento do poder estatal, com a limitação de garantias aos cidadãos e poderes judiciais ilimitados no tocante a prova, visando reprimir e punir os conflitos, de modo a mostrar eficiência estatal contra a criminalidade. Surgiu, então, o procedimento penal misto napoleônico, cuja primeira fase possuía caráter inquisitivo, caracterizado pelos primeiros atos em busca da prova serem realizados em sigilo, a impossibilidade do acusado produzir provas ou ter sua participação na investigação preliminar, bem como a prevalência da fase preliminar em relação a instrutória. A segunda fase possuía contornos acusatórios. Entretanto, vale ressaltar que o princípio da presunção de inocência foi relegado nesse procedimento, ante a sua incompatibilidade, bem como esse sistema foi criado para uso político, sustentado pelo discurso de segurança da sociedade contra a criminalidade. Portanto, as ideias iluministas, que influenciaram a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, permaneceram no plano ideológico racional, diante do retrocesso na França com a implementação de um sistema penal repressivo e a omissão da presunção de inocência nas legislações seguintes¹⁷.

Nessa toada, o pensamento iluminista foi perdendo força em toda Europa, embora o movimento tenha propiciado a classe burguesa sua ascensão e estabilização, bem como o desenvolvimento científico, favorecido o surgimento da Revolução Industrial. Isso porque, com o desenvolvimento das indústrias, como também o deslocamento das pessoas que saíam da zona rural para os centros urbanos a procura de melhores condições de vida, houve o aumento demográfico nas cidades, juntamente com as desigualdades econômicas e sociais, ocorrendo o aumento da violência nas cidades, e, nessa conjuntura, passou-se a acreditar que essa filosofia não era suficiente para combater a realidade violenta dos centros urbanos.

¹⁷ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 97-106.

Outrossim, há que se destacar que nesse período houve o desenvolvimento de métodos e instrumentos de estudo empírico, aprimorando a pesquisa no âmbito das ciências naturais, todavia esse método acabou contaminando a forma de estudo das ciências sociais, e, em razão disso, o pensamento iluminista foi substituído pelo da Escola Positiva, essa que buscava a análise científica e estatística para a “delinquência”, tendo como um de seus expoentes o italiano Cesare Lombroso.

A Escola Positiva, conforme Alessandro Baratta, através de seu método científico-naturalístico, construía suas teorias acerca das causas da criminalidade em torno de determinismos, visto que se estudava os fatores biológicos, psicológicos e sociológicos dos indivíduos que se inseriam no sistema penal. Assim, a concepção de sistema penal delineada pela Escola Positiva era caracterizada "não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores".¹⁸

Maurício Zanoide de Moraes afirma que, em razão desse determinismo biológico estipulado pela Escola Positiva, pelo qual se poderia verificar com alta probabilidade a culpa, haja vista as estatísticas apontarem quem era o "delinquente", o processo penal, naquele contexto, voltou-se a aplicação da pena considerada mais adequada à defesa social, bem como estabeleceu-se um direito penal do autor, justificado pelo método experimental científico.

Ademais, devido às suas concepções, para a Escola Positiva, caso, após a investigação preliminar, formalizada fosse a denúncia, a presunção que deveria prevalecer era a de culpa, ante a maior chance de condenação, cabendo ao acusado demonstrar se houve alguma falha naquela primeira fase, como também se inadmitia a aplicação do "*in dubio pro reo*", buscando retirar o excesso direitos do acusado em prejuízo da sociedade.

A rejeição a presunção de inocência era visível, tanto que, mesmo em caso de dúvida do juiz, o acusado tinha direito a não ser condenado, mas a sociedade também tinha o direito que ele não fosse declarado inocente. No entanto, vale ressaltar que "tinha-se que todas as vezes que emergisse a dúvida judicial quanto à interpretação da lei ou do fato, somente deveria decidir-se '*pro reo*' se o acusado fosse primário, delinqüente passional e o crime, por sua natureza, intensidade ou efeitos, não revelasse ser ele criminoso nato, louco ou habitual".¹⁹

Destaca-se que a Escola Positiva e a Técnico-Jurídica italiana influenciaram sobremaneira os códigos processuais penais italianos de 1913 e 1930, sendo que esse último,

¹⁸ BARATTA. Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: *introdução à sociologia do direito penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2013. P. 39.

¹⁹ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 116.

vale destacar, influenciou nas bases do nosso atual Código de Processo Penal, promulgado em 1941. Por esse motivo, destacar-se-á as principais concepções dessa no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência.

A Escola Técnico-Jurídica italiana emergiu no início do XX, numa conjuntura político-social, consoante Zanoide de Moraes, marcada pelo nacionalismo e pela instauração de um regime autoritário liderado por Benito Mussolini. Nesse período havia repressões violentas por questões políticas, sociais, econômicas, faltando somente a institucionalização do controle através de um sistema criminal formal. E, assim, destacou-se, por sua "qualidade técnico-jurídica e, portanto, aptidão em implementar seus desígnios em âmbito legislativo"²⁰, marcada pelos ideais e normas jurídicas "neutras", a corrente técnico-jurídica, pois essa neutralidade servia como forma de legitimar os sistemas nazifascistas.

Vicenzo Manzini, um dos representantes da Escola Técnico-Jurídica, rejeitou a concepção iluminista de presunção de inocência e criou a expressão "presunção de não culpabilidade". O autor partia do pressuposto de que o processo penal visava a realização da pretensão punitiva estatal e que deveria prevalecer o interesse público de punir o culpado, em relação ao interesse individual de declará-lo inocente.

Ele, ainda, adotando um discurso extremamente técnico, buscou afirmar que a presunção de inocência não era aceitável no processo penal, porque esse não declara se alguém é inocente ou não, apenas se é culpado ou não do crime pelo qual é acusado, e, quanto ao termo "presunção", asseverou que tecnicamente se trata de uma prova indireta que se extrai de um dado baseado na prática comum, e, portanto, considerando que ao final a maior parte dos acusados eram condenados, a presunção que poderia se extrair do processo era a de culpa. Para Manzini, o acusado só poderia ser declarado culpado ou não culpado, jamais inocente, pois ainda que não ficasse provada a culpa do acusado, por falha do Estado, não significa que ele não fosse um "delinquente". No entanto, apesar da rejeição a presunção de inocência, aceitava-se o "*in dubio pro reo*", caso houvesse dúvida do julgador quanto aos fatos no final da instrução, mas apenas nessa hipótese²¹.

Naquele mesmo período histórico, no Brasil, promulgou-se o atual Código de Processo Penal (de 1941), com influências do Código Italiano, e, consoante a obra de Zanoide de Moraes, o debate doutrinário existente entre as escolas italianas, que defendiam a sobreposição do interesse estatal acima dos direitos individuais, junto a prevalência política e legislativa de um

²⁰ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. cit. P. 120.

²¹ *Ibidem*. P. 125-137.

processo penal mais autoritário, o qual era avesso à presunção de inocência, com base nas concepções de culpa e do inimigo no direito penal, foram inseridos no Brasil, em especial com o diploma legal acima referido, como reflexo, também, do contexto social da época, correspondente ao período em que se instaurou o Estado Novo, que era um regime autoritário fascista, cujo presidente era Getúlio Vargas, transparecendo, seus novos moldes nos dispositivos do processo penal, sendo ele projetado, assim como a legislação italiana, na presunção de culpa e na necessidade de punir o inimigo do Estado.²²

No contexto mundial, ocorria a Segunda Guerra Mundial, e, com o seu fim, diante da extensão e os danos sofridos, veio a necessidade de as nações criarem bases ético-sociais visando a convivência pacífica entre os povos, como forma, também, de prevenção de novas guerras. Então, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), essa que tratou de elaborar tratados e convenções internacionais que tratassem dos direitos humanos, de modo que vinculassem os países que dela fizessem parte e estabelecessem uma regra mínima que impusesse respeito aos direitos humanos, visando não somente evitar guerras internacionais, como também neutralizar os abusos e autoritarismos no âmbito interno dos Estados, e nessa conjuntura, elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.²³

A referida Declaração trouxe, novamente, a presunção de inocência como direito essencial, bem como, segundo Fernando Brandini Barbagalo, ela traçou um critério temporal que não havia após a Revolução Francesa, definindo, assim, que a presunção de inocência deve prevalecer até que se prove a culpabilidade do acusado, observada a forma da lei e com caráter vinculativo aos países signatários.²⁴

As Declarações Universais, juntamente com os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constituíram o instrumento conhecido como Carta Internacional de Direitos Humanos, que foi considerado, conforme Zanoide de Moraes, o primeiro passo para formar um sistema de proteção aos direitos humanos global.

Não obstante a isso, nas Américas, elaborou-se um sistema regional, havendo a proposta de criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1948. Entretanto, na década de sessenta, por conta da instauração do regime militar no Brasil, o governo deixou de apoiar o sistema americano de proteção a esses direitos, optando apoiar o sistema global então existente. A postura política brasileira resistia a adesão incondicional ao conteúdo material do texto, bem

²² ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 155-172.

²³ *Ibidem*. P. 174-178.

²⁴ BARBAGALO. Fernando Brandini. Op. Cit. P. 38.

como à submissão a Corte Interamericana, pois poderia conflitar com sua Constituição e o regime então vigente.

No Brasil, a incorporação dos direitos humanos pela Constituição se deu apenas em 1988, considerando o contexto histórico anterior do país, o qual era autoritário, agravado com a revolução militar de 1964, sendo ela a primeira na história legislativa do país a positivizar o princípio da presunção de inocência, como se verá a seguir.²⁵

1. 2. A presunção de inocência na Constituição Federal de 1988

As Constituições que antecederam a de 1988, conforme Giacomolli²⁶, não continham, expressamente, o princípio do estado de inocência. Contudo, mencionava-se que era um rol exemplificativo de direitos e garantias e, portanto, não se excluía outros direitos compatíveis com o regime e princípios adotados pela Constituição.

Na década de sessenta, consoante Maurício Zanoide de Moraes, ocorreu o Golpe Militar no Brasil sob a justificativa de que esse era necessário para a garantia das instituições democráticas, e, junto com ele, houve a edição da Constituição de 1967, para legitimar o governo de exceção, bem como cinco Atos Institucionais, visando combater os núcleos de resistência àquele regime que perdurou por, aproximadamente, duas décadas, e que foi marcado pela violação das instituições democráticas, falta de liberdade, controle ideológico e intensa violência contra os cidadãos.

Com o fim do Regime Militar, foi convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, para a edição de uma nova Constituição que expressasse os propósitos desejados para a sociedade brasileira e que rompesse com os paradigmas autoritários anteriores. Assim:

A atual Constituição brasileira foi projetada, elaborada e promulgada no contexto dos anseios de liberdade e redemocratização nacionais e em plena ascensão e consagração internacional da proteção dos direitos humanos. Se as várias lutas de resistência interna compunham os motivos mais fortes e próximos da população, os paradigmas humanitários fixados pelos organismos internacionais deram o esteio e o direcionamento necessário para o Brasil estabelecer uma nova ordem juspolítica.²⁷

A Constituição Federal de 1988 pôs fim a um período de violências e privações de direitos contra os cidadãos, constituindo-se num Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Outrossim, em seu texto, inseriu-se um rol extenso de direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos.

²⁵ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 188.

²⁶ GIACOMOLLI. Nereu José. Op. Cit. P. 101.

²⁷ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 190

Nela foram consagrados, também, direitos fundamentais direcionados ao processo penal, ao buscar a conformidade do texto constitucional com a comunidade internacional, demonstrando que a arbitrariedade e a violência não são formas legítimas de resolver as controvérsias penais. Essa inserção de direitos assegura, ademais, que a pessoa a ser julgada também é membro da comunidade política, e que qualquer pessoa pode se submeter a uma ação penal, aduzindo-se que o imputado não é o "inimigo", o "excluído" ou o "doente", e, por essa razão, as leis devem ser feitas para todos e não para o "outro"²⁸.

1. 2. 1. Presunção de inocência como direito fundamental

Ao analisar o texto constitucional, o leitor concluirá que a presunção de inocência não é um direito fundamental, visto que ela não está inscrita nesses exatos termos. Todavia, Zanoide de Moraes ressalta que se trata de um paradoxo aparente, havendo a necessidade de observar a diferença de norma e enunciado normativo. Esse é a literalidade do texto normativo, enquanto aquela é a interpretação, o significado que se pode extrair desse. Considerando isso, pode-se aduzir do enunciado normativo contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a interpretação normativa da presunção de inocência, em razão de uma leitura sistêmica.²⁹

Além disso, observe-se que, a nossa Constituição estabeleceu que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". No entanto, apesar de não falar expressamente em "inocência", tratando como "não culpado", não significa a retomada da essência de não culpabilidade oriunda do ataque da Escola Técnico-Jurídica italiana à presunção de inocência.

Isso porque "o constituinte procurou elaborar o texto normativo com o que ele entendeu ser um melhor apuro técnico na linguagem"³⁰, sem, no entanto, afastar-se do conteúdo e de toda extensão daquela.

Com a retomada da democracia, segundo Fernando Brandini Barbagalo, na fase pré-Constituinte, o governo, através do Decreto n. 94.450/1985, criou uma comissão constituída por selecionados do chefe do executivo, objetivando a elaboração de um ante-projeto de Constituição. Esse, denominado de Afonso Arinos (presidente da Comissão), trazia em seu texto a cláusula da presunção de inocência, ao dispor que "presume-se inocente todo acusado

²⁸ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 198-199.

²⁹ *Ibidem*. P. 212-214.

³⁰ *Ibidem*. P. 215.

até que haja declaração judicial de culpa"³¹. Todavia, o trabalho foi arquivado pelo Ministério da Justiça, servindo, somente, de amparo aos trabalhos dos Constituintes.

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, e, quando da elaboração do seu regimento, organizou-se em oito comissões temáticas, mais uma de Sistematização. A comissão de responsável pela Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher se subdividiu, sendo uma das subcomissões responsável pelos Direitos e Garantias Individuais.³²

A referida subcomissão, conforme Zanoide de Moraes, propôs a fórmula da presunção de inocência da seguinte forma: "considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"³³. Após essa redação, sobreveio outra que exprimindo que "presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória"³⁴, essa que foi entregue a Comissão de Sistematização, contudo, com a sequência dos trabalhos e debates, o constituinte José Ignácio Ferreira sugeriu a alteração desse enunciado para o texto que atualmente está insculpido na nossa Constituição, ao argumento de que seria uma forma de caracterizar tecnicamente a presunção de inocência, mantendo, porém, a garantia do dispositivo alterado incólume, demonstrando que os Constituintes jamais se afastaram do ideal jus político da presunção de inocência.

Do mesmo modo, vale observar que a Constituição é um sistema e, por isso, necessita de lógica e interação entre suas normas, não havendo coerência em se falar na "não consideração prévia de culpabilidade" nos moldes fascistas inserido no mesmo sistema constitucional que se constitui como Estado democrático de direito, tendo a dignidade da pessoa humana com um de seus primados.³⁵

Ademais, para Nereu José Giacomolli, presunção de inocência (definição positiva) e de não culpabilidade (definição negativa) se equivalem, bem como distingui-las implica na redução do seu alcance, distanciando-se do conteúdo previsto nos diplomas internacionais, afirmando, ainda, que as diferenciar, é, em verdade, "afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência".³⁶

³¹ BRASIL. Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 26/08/2016.

³² BARBAGALO. Fernando Brandini. Op. Cit. P. 48-50.

³³ BRASIL. *Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-81.pdf>>. Acesso: 26/08/2016.

³⁴ BRASIL. *Anteprojeto de Constituição*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>> Acesso: 26/08/2016.

³⁵ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 215-221.

³⁶ GIACOMOLLI. Nereu José. Op. Cit. P. 103.

Por conseguinte, apesar da Constituição não tratar textualmente de "inocência", infere-se que o princípio inscrito é o da presunção de inocência, considerando a breve análise de como o texto foi inserto em nosso ordenamento e da sua consonância em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Bem como, por estar inserta no rol de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, a presunção de inocência é uma norma de direito fundamental, e, como tal, possui dimensões subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, de maneira geral, remete à sua função clássica de conferir ao indivíduo o direito de resistir à intervenção do Estado em sua esfera individual de liberdade, enquanto a objetiva se define como "a dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito"³⁷.

No entanto, Zanoide de Moraes, a respeito da dimensão subjetiva, destaca que os direitos fundamentais processuais penais superam o interesse individual, e, no caso da presunção de inocência, isso é visível, pois ela não é aplicável apenas a um imputado específico, mas a todos os imputados, ainda que não haja persecução penal. Outrossim, acerca da dimensão objetiva, assevera que os direitos fundamentais não incidem apenas no momento em que o titular o exerce, mas, especialmente, num momento anterior, quando estabelecem parâmetros para a atuação estatal, visando a construção de um sistema normativo e organizacional destinado à efetivação dos direitos fundamentais.³⁸

Por fim, como direito fundamental, cabe analisar se a presunção de inocência possui estrutura normativa de regra ou princípio, pois, a partir disso, pode-se verificar a forma como incidirá no caso concreto.

Conforme Robert Alexy, um dos expoentes da Teoria dos Princípios, as normas são gênero, cujas espécies são as regras e os princípios, porquanto ambas possuem expressões deônticas básicas, consistentes na permissão, proibição e mandamento. Para o autor, os princípios devem ser aplicados na maior medida do possível diante do caso concreto e podem ser realizados em diferentes graus, sendo que a sua não incidência num determinado caso não a invalida como norma, enquanto as regras ou se aplicam integralmente, ou não se aplicam. Ainda, as regras descrevem, essencialmente, condutas, enquanto os princípios valores.³⁹

³⁷ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 110-111.

³⁸ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. *Op. Cit.* P. 239-242.

³⁹ ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. (trad. Virgílio Afonso da Silva) P. 85-103.

Por conseguinte, Zanoide de Moraes afirma que a presunção de inocência possui estrutura normativa de princípio, pois, seu conteúdo axiológico denota "um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é, como as normas-regras, prescritivas de condutas"⁴⁰, como também, em sua aplicação, constata-se que coexistem limitações sistêmicas a esse direito fundamental, tais como a prisão em flagrante, e que os princípios possuem conteúdo tão ampliável que, diante de outros princípios ou regras, criam "campos de contradição", o que acarreta, no caso concreto, em restrição da sua eficácia, não implicando, contudo, na sua invalidade como norma jurídica, Por essa razão, conclui-se que a presunção de inocência é "um direito garantido a seu titular nos moldes 'prima facie' ou como 'mandamento de otimização', o que significa dizer que a norma será cumprida dentro da maior eficácia possível".⁴¹

1. 2. 2. Adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica

Como exposto no item 1.1, após a criação de um sistema global de Direitos Humanos, buscou-se elaborar um sistema regional de proteção dos mesmos através de um tratado interamericano de direitos humanos.

Assim, consoante André de Carvalho Ramos, confeccionou-se, em 1967, o anteprojeto da Convenção e, no ano de 1969, realizou-se a Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, quando se adotou o texto da Convenção Americana, essa que ficou conhecida por "Pacto de São José da Costa Rica", em razão do local onde ocorreu a conferência.

No entanto, destaca-se que o contexto histórico de sua aprovação foi um período em que se instaurou ditaduras militares na América Latina, inclusive em nosso país. E, paradoxalmente, mesmo sob um governo autoritário, com repressão política, marcado pelo abuso e negação de direitos, enviou-se representantes brasileiros à dita Conferência, tendo eles participado das discussões e votações. Esse paradoxo pode ser justificado pela tentativa das ditaduras da época buscarem transparecer uma imagem de normalidade e semelhante com os demais Estados da comunidade internacional, objetivando, assim, obter "legitimação e apoio para sua perpetuação".⁴²

⁴⁰ ZANOIDE DE MORAES. Maurício. Op. Cit. P. 273.

⁴¹ *Ibidem*. P. 274.

⁴² RAMOS. André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 218.

Todavia, apesar de adotada em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos apenas vigorou no âmbito internacional no ano de 1978, com a ratificação do Peru. Outrossim, o processo de ratificação pelo Brasil foi lento, mesmo com a redemocratização, ocorrendo tão somente em 1992.⁴³

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme Flávia Piovesan, o Brasil passou a adotar medidas fundamentais objetivando a incorporação de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, dentre eles a adesão aos principais tratados: os dois pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ressalta-se que a adesão aos pactos internacionais reinseriu o Brasil na sistemática da proteção internacional desses direitos e remanejou o alcance de cidadania, a medida em que, além dos direitos previstos na Constituição, os indivíduos se tornam titulares de direitos internacionais e, portanto, têm a possibilidade de defendê-los no âmbito internacional. Além disso, em razão da interação existente entre o Direito Internacional e o Direito interno, e, assim:

O Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional.

⁴⁴

No Brasil, consoante André de Carvalho Ramos, o processo de aprovação do Pacto de São José da Costa Rica iniciou em 1985, com a mensagem presidencial encaminhada ao Congresso Nacional. Todavia, apenas em maio de 1996 editou-se o Decreto Legislativo n. 27 e, em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositou a carta de adesão ao referido diploma internacional. Após, através do Decreto n. 678, promulgou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos em 6 de novembro de 1992. Apesar da promulgação, o Brasil apenas reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1998, aceitando, assim, a vigilância internacional dos direitos humanos no âmbito regional.⁴⁵

O Pacto de São José da Costa Rica também prevê a cláusula da presunção de inocência em seu artigo 8.2, ao dispor que "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove sua culpa"⁴⁶.

⁴³ *ibidem*. P. 219.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 389.

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit. P. 219.

⁴⁶ BRASIL. *Anexo ao Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso: 28/08/2016.

Portanto, podemos encontrar em nosso ordenamento jurídico dois textos que tratam da presunção de inocência, ambos a nível constitucional, visto que, em razão do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, estão englobados os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais, pois, conforme Giacomolli, a partir dele podemos verificar a posição hierárquica desses, bem como "se extrai que os diplomas internacionais referentes aos direitos humanos integram o nosso ordenamento jurídico"⁴⁷. Assim, cláusula da presunção de inocência é um direito conferido aos indivíduos com proteção nos âmbitos interno e internacional, visto que o Brasil, após a adesão integral ao Pacto de São José da Costa Rica, submete-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. 2. 3. Decorrências da presunção de inocência

Segundo Giacomolli, o indivíduo nasce inocente e permanece como tal até o momento em que o Estado, por meio do devido processo constitucional e convencional, retire esse estado natural e jurídico. Também, o estado de inocência possui características indubitadas, enquanto a presunção não passa de mera hipótese, perdurando até a sentença final.

E, partindo da premissa que o estado de inocência é "um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal", infere-se que a sua inserção ou não, num ordenamento jurídico, demonstra a escolha constitucional de processo penal.⁴⁸

Um modelo de processo penal que se conforme com o estado de inocência deve possuir, como regra, a manutenção da liberdade do indivíduo, pois a prisão só encontra amparo numa sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Entretanto, a prisão preventiva e as medidas cautelares não são antecipação da pena, considerando o fato de que elas se fundam em limitações que a Constituição estabelece à título cautelar e de caráter excepcional, devendo observar os requisitos legais. Assim, "a presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada, sob pena de representar uma execução antecipada de uma sanção criminal ainda não delimitada definitivamente".⁴⁹

Outrossim, o estado de inocência influi nas regras acerca do encargo probatório. Ao considerarmos que o imputado é inocente, para o julgador, a acusação nada mais é que uma

⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. Cit. P. 16.

⁴⁸ *Ibidem*. Op. Cit. P. 105.

⁴⁹ *Ibidem*. P. 111.

hipótese, cabendo ao acusador provar que estão presentes os pressupostos para a condenação, desconstituindo, assim, o estado de inocência, visto que não é essa que necessita de prova, "é o extraordinário que comporta prova e não a ordem natural da pessoa, ou seja, o seu estado de inocência".⁵⁰

Conforme Zanoide de Moraes, a presunção de inocência atua como norma probatória, a medida em que estabelece quem tem o dever de provar, por quais meios pode fazê-lo, bem como o conteúdo a ser provado. Ao partir do estado de inocência do cidadão, cabe, então, ao órgão acusador demonstrar a culpa do mesmo. Além disso, a acusação não só deve provar a culpa do indivíduo, como também através de uma prova lícita incriminadora, de modo que seja apta a afastar a presunção de inocência do cidadão, demonstrando a materialidade e autoria do crime.⁵¹

Outra consequência que podemos extrair é a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* em caso de dúvida do julgador, pois é encargo da acusação provar a culpa do imputado, e, se esse não conseguiu produzir provas suficientes para um decreto condenatório, essa circunstância de dúvida deve acarretar na absolvição do indivíduo.

A presunção de inocência, segundo Zanoide de Moraes, direciona as formas de interpretar a lei e resolver as dúvidas quanto aos fatos no processo, devendo decidir o julgador com base nela sempre que for instado a apreciar o direito do indivíduo. Dessa forma, assevera-se que o *in dubio pro reo* não se aplica apenas no julgamento do mérito, mas durante toda persecução, servindo como norma de juízo, esse que pode ser resumido na ideia de suficiência probatória.

Todavia, não há como estabelecer um critério acerca da atividade probatória suficiente para elidir a presunção de inocência. Isso só poderá se realizar no caso concreto, através do cotejo das provas de uma maneira global. E, a partir dessa análise, se restarem dúvidas ou insuficientes as provas, o estado de inocência deverá ser mantido.⁵²

Para Giacomolli, existe suficiência de provas para uma condenação quando essas afastarem a dúvida razoável sobre a existência do crime, seus elementos, a autoria, e se constitui num conjunto robusto de elementos qualitativos que visam direcionar o afirmado na acusação, possuindo adequação factível aos elementos que constam no processo, e, ainda, conformidade constitucional e convencional.

⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. Cit. P. 106.

⁵¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Op. Cit. P. 464.

⁵² *Ibidem*. P. 468-471.

A aplicação do *in dubio pro reo*, como consequência da presunção de inocência, implica, também, em violação ao mesmo caso o juiz determine de ofício a produção da prova em prejuízo do acusado e em favor da acusação, porque aquele já seria absolvido pela dúvida.⁵³

Isso porque, consoante Aury Lopes Júnior, quando se atribui ao juiz a produção de provas, "estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada", violando, dessa forma, a presunção de inocência.⁵⁴

Ademais, o estado de inocência (ou presunção de inocência) impõe um dever de tratamento ao acusado. Por conseguinte, se o indivíduo é inocente, não pode ele ser tratado como condenado. Essa forma de tratamento deve envolver os atos que afetam os imputados de uma maneira geral, bem como:

Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos os que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas da autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes; as identificações desnecessárias, digitais (art. 5º, LVIII, da CF) ou fotográficas, bem como a publicidade da sentença ou do acórdão antes do trânsito em julgado. A presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito.⁵⁵

A imunidade à autoacusação ou direito de não produzir prova contra si, previsto no Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 8.2, alínea 'g', que assegura a pessoa "o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada"⁵⁶, bem como na Constituição Federal, no artigo 5º, LXII, a qual dispõe que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado", também é uma decorrência da presunção de inocência, visto que, conforme Aury Lopes Júnior, quando se presume a inocência do imputado, há uma presunção que deve ser derruída pelo acusador, não tendo o réu algum dever de contribuição para tanto.⁵⁷

Aliás, Maria Elizabeth Queijo elucida que o imputado possui o direito de permanecer calado, seja na fase policial ou processual, e que esse direito (o *nemo tenetur se detegere*) não se restringe ao interrogatório, haja vista o indivíduo não estar obrigado a realizar qualquer prova que possa lhe ser prejudicial, bem como ressalta que a impossibilidade de se obrigar o imputado

⁵³ GIACOMOLLI. Nereu José. Op. Cit. P. 107.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 419.

⁵⁵ GIACOMOLLI. Nereu José. Op. Cit. P. 109.

⁵⁶ BRASIL. *Anexo ao Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 28/08/2016.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR. Aury. Op. Cit. P. 397.

a colaborar com a apuração dos fatos decorre da presunção de inocência, pois o encargo probatório pertence ao órgão acusador. Por essa razão, o *nemo tenetur se detegere* se conforma com o modelo de processo penal pautado pela presunção de inocência, não sendo admissível, assim, que o acusado se torne objeto da prova, como também a sua recusa quanto à produção das provas não pode ser interpretada em seu desfavor.⁵⁸

Destarte, a presunção de inocência reflete na forma de interpretar e atuar não só dentro do processo penal, como também atua na esfera extraprocessual, impondo o dever de proteção ao indivíduo que é acusado, a fim de evitar a publicidade abusiva do mesmo, provocando sua estigmatização social, ao tratá-lo como culpado, antes mesmo do término do devido processo, que observe seus direitos e garantias. Assim, a presunção de inocência incide como regra probatória, incumbindo ao órgão acusador a prova da culpabilidade, como regra de julgamento, visto que o julgador, ao tomar suas decisões, deverá sempre partir do pressuposto da inocência, e em caso de dúvida quanto ao mérito, deverá confirmar o estado de inocência do acusado com a absolvição, bem como é um dever de tratamento a ser observado por todos, pelo qual o imputado deve ser tratado como inocente, evitando-se, por conseguinte, a prática que atos que levem a crer que o mesmo é culpado, tais como o uso das prisões provisórias e medidas cautelares como antecipação da pena e o uso de algemas.

1. 3. O julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG

Apesar da Constituição estabelecer o marco temporal para a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo após a sua promulgação, o Supremo Tribunal Federal apontava para a compatibilidade da execução provisória da pena com a presunção de inocência, conforme se verifica na jurisprudência:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIADA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS

⁵⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 100-102.

CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.⁵⁹

Esse entendimento restou alterado tão somente com o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078-7/MG, pelo qual, após intensas discussões, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento, ao estipular que a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória não é compatível com os preceitos constitucionais, podendo, apenas, ser decretada prisão, no curso do processo, a título cautelar, pois:

(...) A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (...) ⁶⁰

O argumento antes utilizado de que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo, por conta do artigo 27, §2º, da Lei 8.038⁶¹, bem como a possível interposição de recursos protelatórios pelos advogados, conforme o voto do Relator, não devem prevalecer em face do texto constitucional, ressaltando, ademais, que as pessoas que cometem crimes também são sujeitos de direitos, não perdendo essa qualidade em virtude do processo, e também são beneficiadas pela "afirmação constitucional de sua dignidade", assim, é inadmissível sua exclusão social, sem se considerar as particularidades da infração penal, o qual apenas poderá ser apurada plenamente quando do trânsito em julgado da condenação.

Outrossim, tratava-se de uma questão de isonomia, haja vista a vedação a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação ser aplicável a pena restritiva de direito (considerada menos gravosa), e, no entanto, tal entendimento não ser a pena privativa de liberdade. Por esse motivo, necessária foi a revisão do entendimento, pois se a condição ao trânsito em julgado se aplica a pena restritiva de direito, "com maior razão há de ser coibida a

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n° 68726. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28 de junho de 1991, DJ: 20/11/1992. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 01/09/2016.

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n° 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 05 de fevereiro de 2009, DJe-035. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 01/09/2016.

⁶¹ BRASIL. *Lei n° 8.038 de 28 de maio de 1990*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm> Acesso em: 01/09/2016. "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo".

execução da pena privativa de liberdade - indubitavelmente mais grave - enquanto não sobrevier título condenatório definitivo".⁶²

Além disso, no corpo do acórdão salientou-se que a execução da sentença após o julgamento de segunda instância implica na restrição do direito de defesa, porquanto essa abarca todas as fases processuais até mesmo nas instâncias extraordinárias, evidenciando o desequilíbrio existente entre a pretensão punitiva do Estado e o direito do acusado de se defender.

O Ministro Eros Grau, ainda, ressaltou que a execução da pena anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica no tratamento do indivíduo como se culpado fosse, e que tal situação não se amolda a nossa Constituição, pois essa assegura que nenhuma lei ou decisão judicial pode impor ao réu sanções antes do trânsito em julgado da condenação. A prisão, contudo, pode ser decretada no curso do processo, desde que a título cautelar.

Destarte, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se mostrou em conformidade com o princípio da presunção de inocência, visto que esse impõe um dever de tratamento ao acusado, e, ao estabelecer que a execução provisória da pena é incompatível com o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, reafirma-se o seu valor jus político, pois, do contrário, implicaria na admissão do tratamento ao indivíduo como se culpado fosse, antes mesmo de ter sido provada sua culpa, por meio do devido processo legal, que observe os direitos e garantias do imputado.

Além disso, ressalta que o princípio da presunção de inocência não se restringe ao encargo probatório, mas reflete um modelo de processo penal que deve possuir, como regra, a manutenção do estado de liberdade do indivíduo, até que sobrevenha uma decisão definitiva ao final do procedimento, sendo inadmissível, assim, a utilização das prisões como antecipação de pena.

No entanto, recentemente, essa interpretação foi revisada pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá no próximo capítulo.

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 05 de fevereiro de 2009, DJe-035. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 01/09/2016.

2. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELA JURISPRUDÊNCIA

Não obstante a interpretação conferida a presunção de inocência, que se pode inferir do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, a qual se coadunou melhor com a garantia constitucional, há um movimento na doutrina que defende o recrudescimento e a expansão do sistema penal, bem como a flexibilização das garantias, diante da sensação de ineficiência do sistema que a sociedade tem, visto que, com a globalização e a evolução social, surgiram outras modalidades de crimes, cujo controle superou os limites da atuação estatal, aumentando a sensação de impunidade, e assim, como resposta a essa situação, o Estado passou a se valer de medidas que implicam no recrudescimento do sistema, com a criação de novos tipos penais, o aumento das penas e a flexibilização das garantias processuais penais. Inserido nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, bem como reduziu o seu alcance, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, como será abordado nesse capítulo.

2.1 O Movimento para recrudescer o sistema e flexibilizar as garantias

Com o Direito Transnacional, segundo Alexandre Morais da Rosa, ocorreu a releitura de algumas noções da Modernidade, dentre elas, a de Soberania, em razão da importância que o condicionante econômico assumiu no contexto global, superando a teoria clássica, pois as relações de poder ultrapassaram os limites territoriais dos países atualmente, por força do mercado de capital. Por conta dessa situação, os paradigmas da Criminologia Crítica do final do século XX, precisam ser revistos, porquanto "depois da proeminência do discurso do capital é necessário (re)pensar as coordenadas de um saber que não pode responder mais aos sistemas binários em que Estado versus indivíduo aparecem em posições antagônicas", que envolvem a visão liberal de expansão de direitos e garantias fundamentais de um lado e, por outro, a visão flexibilizada em nome do interesse coletivo.⁶³

Isso porque, com a globalização e o mercado de capital, o Direito e o Processo Penal, bem como a Criminologia, recebem influências do discurso da *Law and Economics*, apontando para a necessidade de redefinição do sentido e função dos mesmos. Surge, então, o discurso da eficiência e esse é também transportado para o processo penal, possuindo a lógica do custo/benefício. Assim, há uma mudança de compreensão acerca do Direito e Processo Penal,

⁶³ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 60.

visto que sua função tornou-se garantir estabilidade econômica e conferir previsibilidade ao sistema, transformando, assim, o crime em elemento que constitui o "custo do país".

Nesse contexto, revela-se, mais uma vez, a tendência ao Direito Penal do Inimigo, reforçada pela ideologia de defesa social e direito penal do autor, salientando o discurso de Jakobs, o qual afirma que, para defender os "cidadãos" dos "inimigos" (aqueles que descumpriram as regras), o Estado pode restringir os direitos e as garantias desses últimos. Ademais, destaca-se que "qualquer aproximação, pois, com os discursos da Lei de Ordem não é mera coincidência, dado que reeditam a necessidade de Defesa Social redefinindo os tipos penais para difusos bens coletivos, cuja densidade se mostra epistemologicamente impossível, embora sejam eficientes do ponto de vista da Análise Econômica do Direito".⁶⁴

Embora a Criminologia Crítica possa explicar os processos de criminalização, diante do novo cenário globalizado, fundado no discurso de mercado, o autor aponta para a necessidade de uma nova compreensão, pois o crime tornou-se um produto, bem como a propriedade que importa proteger, atualmente, é a de estruturas econômicas, e não a individual como no século passado.

Além disso, Luciano Anderson de Souza assevera que as concepções clássicas de Direito Penal não são suficientes para enfrentar a complexidade atual da sociedade, a qual clama pela proteção de bens jurídicos de titularidade coletiva e indeterminada, visando uma proteção mais eficaz dos direitos, manifestando-se uma tendência ao recrudescimento e a expansão do sistema penal, com o aumento das penas cominadas, a criminalização de novas condutas e a flexibilização das garantias individuais. Também, destaca-se das palavras do autor que:

A atuação dos meios de comunicação de massa baseia-se na exploração da insegurança, gerando e manipulando o medo que assola os cidadãos, os quais sentem que seus bens mais caros estão ameaçados. Tal sensação se torna mais forte com a implementação de estratégias de manipulação social que passam à população a impressão de que os meios de controle são falhos, mormente aqueles mais brandos, como o controle civil ou o controle administrativo dos atos considerados ilícitos. E mesmo quando o controle já se faz por meio do mecanismo penal, considerando-se a conduta não valiosa como uma conduta delitativa, a manipulação do sentimento social se faz com recuso a argumentos como o de que as penas previstas são brandas ou os mecanismos de atuação do controle criminal são, agora, ineficazes, exigindo-se para a correção dessa situação geratriz de insegurança o endurecimento das penas e a tipificação de condutas que, mesmo que ainda não tuteladas por outros mecanismos jurídicos (...) estariam a merecer, para o bem da segurança coletiva, uma dura repressão, a qual, aos olhos dos meios de comunicação de massa, só pode ser alcançada com a intervenção penal.⁶⁵

⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op cit. P. 61

⁶⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 56-57.

A complexidade social é perceptível na sensação de insegurança e de ineficácia do sistema, corroborada pela influência dos meios de comunicação, como também pela globalização, essa que provocou alteração na estrutura social, à medida que redefiniu a noção de soberania, transpondo fronteiras e facilitando os meios de comunicação, através do avanço tecnológico, situação essa que facilitou as formas de burlar o controle estatal. E, diante dessa realidade, a sociedade espera uma resposta estatal para o enfrentamento dessas condutas ilícitas, pois as formas clássicas não são suficientes para tanto.

Assim, ganham relevo os movimentos expansionistas do direito penal, dentre eles o "lei e ordem". Esses movimentos defendem a necessidade de uma intervenção rígida do Direito Penal, com o objetivo de controlar essa nova forma de criminalidade e, para tanto, sustentam a necessidade do recrudescimento das penas, de previsão de crimes de perigo abstrato, a criação de normas penais em branco, juntamente com a redução das garantias processuais penais.

Para os defensores da expansão do Direito Penal, essas novas modalidades de crime são marcadas pela sua organização e pela grande quantidade de dinheiro envolvida em situações, como corrupção e lavagem de dinheiro, da qual a titularidade dos bens jurídicos protegidos é indeterminada. No entanto, essas condutas não devem fugir do controle do sistema, pois "o Direito Penal não poderá renunciar a sua tarefa de regulação social por meio da imposição de penas em um momento histórico em que se descortina uma atuação ilícita de classes sociais mais abastadas".⁶⁶

Conforme Jesus Maria Silva Sánchez, a globalização ocasionou alterações na estrutura social, mormente, nos aspectos econômicos e políticos, trazendo consigo novas formas de integração e criação de riscos, e, em razão do surgimento de novos interesses supra individuais, a sujeição a novos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos, a institucionalização da insegurança (por conta do desconhecimento acerca dos possíveis efeitos dos novos meios tecnológicos, utilização de substâncias, dentre outros), a complexidade social, aliada a sensação social de insegurança, que é reforçada pelos meios de comunicação, bem como a concepção de que o Direito Penal é o único instrumento eficaz para controlar essa nova realidade, surge a tendência de expansão do Direito Penal, que é marcada pela flexibilização dos princípios, regras de imputação, criação de novos tipos e recrudescimento das penas.

Os princípios político-criminais, assim, sofreram a alteração de paradigma, a medida em que entra em cena as modalidades chamadas de macrocriminalidade, tais como o terrorismo e a criminalidade organizada, caracterizadas pela delinquência econômica e organizada, "à qual

⁶⁶ SOUZA. Luciano Anderson de. Op. Cit. P. 63.

se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação 'excepcional', à qual se tende assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo de contém", acarretando na mudança da compreensão de princípios como legalidade, culpabilidade e proporcionalidade, haja vista a admissão do princípio da oportunidade, com a possibilidade de acordos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a maior criação de tipos de perigo.⁶⁷

Diante desse cenário, o Direito Penal passou a assumir verdadeiro papel de gestão do risco nas sociedades pós-industriais, considerando que, com a inserção de novos interesses de proteção e a antecipação das fronteiras, ocorreu uma transição do modelo fundado no delito de lesão a bens individuais para o de perigo aos bens supra individuais, importando para o Direito Penal a lógica do Direito Administrativo sancionador, esse que é caracterizado por tipificações que envolvem riscos na visão estrutural, de lesividade global, diversamente daquele que, classicamente, objetiva a proteção de bens jurídicos, com lesividade concreta e imputável a um certo sujeito. Por conseguinte, ocorre o processo de “administrativização” do Direito Penal, diante da sua utilização como elemento de gestão social.

Esses fenômenos que se verificam no Direito Penal apontam para sua progressiva expansão, e, por conta dos anseios sociais, Silva Sanchez assevera a impossibilidade de “voltar atrás”, bem como ressalta que o cerne do problema não se trata da expansão do Direito Penal em si, mas da expansão da pena privativa de liberdade.

Outrossim, em razão da impossibilidade de se retornar do Direito Penal liberal, bem como a devolução dos fatos “administrativizados” ao Direito Administrativo sancionador, o autor defende a racionalização do Direito Penal, através da coexistência de sistemas sancionadores, com regras de imputação, princípios e garantias distintas, desde que guardem proporção com a sanção cominada, tendo em vista que “nem em todo o sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo o sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as consequências jurídicas são substancialmente diversas”.⁶⁸

Destarte, para os crimes que preveem como sanção penas privativas de liberdade devem-se manter o rigor e as garantias processuais, diante da gravidade da consequência jurídica. Em contrapartida, a flexibilização daquelas e das regras de imputação seriam admissíveis nos casos em que as penas não correspondessem às privativas de liberdade, tais como as restritivas de

⁶⁷ SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. P. 94-95.

⁶⁸ *Ibidem*. P. 138.

direitos ou pecuniárias. Essa opção político-jurídica, ao utilizar-se do Direito Penal para proteger novos bens jurídicos, mesmo não tendo sanções rigorosas, apresenta-se vantajosa, haja vista a sua função simbólica como tal, e por, em relação ao Direito Administrativo, guardar maior neutralidade política e a própria imparcialidade jurisdicional.⁶⁹

Fala-se, portanto, em Direito penal de “duas velocidades”, sendo a primeira correspondente a manutenção das garantias e princípios, juntamente com o modelo clássico de imputação, quando houver previsão de pena privativa de liberdade. A segunda velocidade trata das penas restritivas de direito ou pecuniárias, para as quais se admitiria a flexibilização das garantias de maneira proporcional a intensidade da sanção. Aquela se aplicaria as condutas que lesionam ou criam situação de perigo concreto ao bem jurídico, essa àquelas condutas tipificadas em razão do expansionismo, de perigo abstrato, com características do Direito Administrativo Sancionador, ressaltando, novamente, que a admissão da flexibilização estaria condicionada a ausência de penas de prisão, a fim de guardar a razoabilidade e proporção com a consequência jurídica.

Entretanto, Silva Sanchez trata da possibilidade de um Direito Penal “de terceira velocidade”, o qual prevê como sanção penas privativas de liberdade, aliado à flexibilização das garantias e regras de imputação, destacando que tal situação já ocorre e revela a tendência do crescimento do Direito Penal do inimigo.

Isso porque aquela seria discutível apenas em situações excepcionais, fundadas na “absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência”, aplicáveis em situações extremamente graves, para que se justifique de maneira proporcional e não contamine o Direito Penal em geral. Todavia não é essa postura que vem sendo adotada pelos Estados e, por conseguinte, há o crescimento do Direito Penal do inimigo, com a possibilidade de se flexibilizar as garantias nos casos que a consequência seja prisão, sem haver o caráter excepcional aludido.⁷⁰

No Brasil, o expansionismo penal pode ser verificado através da previsão legislativa de crimes contra as ordens econômica e tributária, contra o sistema financeiro, organizações criminosas, meio ambiente, dentre outros interesses difusos, fundada na Constituição Federal, com objetivo de proteger esses novos interesses, atendendo ao clamor social e a pressão exercida pelos meios de comunicação. Entretanto, Luciano Anderson de Souza ressalta que a atuação da imprensa e dos grupos sociais influenciaram de modo que houve uma elaboração

⁶⁹ SANCHEZ. Jesús-María Silva. *Op. Cit.* P. 139-142

⁷⁰ *Ibidem.* P. 150-151.

legislativa apressada e atécnica, com normas de perigo abstrato, bem como tipos penais em branco e abertos.⁷¹

Ademais, esse fenômeno de inflação legislativa é uma tendência global, como reação estatal à sociedade globalizada e complexa, considerando que, com o avanço tecnológico e o aumento da expectativa de vida, as relações intersubjetivas tornaram-se mais próximas, juntamente com o risco de ocorrências sociais de grandes proporções e de danos imensuráveis, e, assim, das palavras do autor extrai-se:

O consumo de massa de produtos eventualmente danosos, o risco diário de vitimização de inúmeras pessoas em acidentes automobilísticos, aéreos e ferroviários, o pânico social ocasionado pela atuação do crime organizado, o terrorismo internacional, dentre outros, são fatos sobejamente ecoados pelos velozes meios de comunicação que atingem os cidadãos de nossos dias.⁷²

Tal contexto gera sentimento de medo na coletividade, e essa passa a exigir soluções por parte do Estado, pois ele é o responsável pelo controle social. Assim, para atender aos anseios sociais e demonstrar sua eficiência, aquele se vale da "solução" mais repressiva, com a utilização do Direito Penal, ao criar novos tipos legais, agravar as penas e suprimir direitos e garantias. Porém, essa resposta mostrou-se ineficaz, haja vista a sua incapacidade de reduzir as ocorrências de crimes e, em razão disso, o sistema novamente se deslegitima, tornando-se um ciclo vicioso.⁷³

Outrossim, conforme Alexandre Morais da Rosa, por conta da inserção do fator "eficiência", a intervenção penal sofreu adaptações às regras de Mercado e passou a conduzir sua atuação objetivando o menor custo possível. No entanto, ao mesmo tempo que surge esse discurso efficientista, houve a expansão do sistema penal, o que ocasionou o aumento de processos, inviabilizando-se os custos. Então, para solucionar a questão do custo processual, surgem reformas no ordenamento jurídico, com a flexibilização do processo, por meio da importação de institutos do direito anglo-saxão. E, consoante as palavras do autor:

Nessa perspectiva de diálogo entre tradições diversas é que surgem possíveis justificações teóricas para, dentre outras reformas, a (i) sumarização e aceleração de procedimentos; (ii) mitigação da obrigatoriedade da ação penal; (iii) possibilidade de negociação monetária (conciliação) e inclusão de maneira equivocada da vítima no processo penal; (iv) suspensão condicional do processo; (v) aplicação de discursos consequencialistas no campo do direito e do processo penal; (vi) discussão sobre os custos do processo e da pena; (vii) restrição recursal.⁷⁴

A partir da importação desses institutos alheios à tradição continental que surgem as tensões mais complexas, pois possuem tradições filosóficas distintas. No Direito Continental,

⁷¹ SOUZA. Luciano Anderson de. Op. Cit. P. 139-140.

⁷² *Ibidem*. P. 153.

⁷³ *Ibidem*. P. 153-154.

⁷⁴ ROSA. Alexandre Morais da. Op. Cit. P. 64.

a forma constitui-se numa garantia, enquanto no Anglo-saxão há a vinculação ao interesse público, e, por isso, o caso penal é disponível e negociável, sobrepondo-se ao sistema de garantias individuais característico da tradição continental, como ocorre no Brasil, e, por esse motivo há conflitos que aparecem com esses novos institutos, como a delação premiada e a leniência, no que tange a sua compatibilidade com o sistema jurídico continental, já que oriundos de outra tradição filosófica, que segue a perspectiva realista, com preponderância do fator "eficiência".⁷⁵

O recrudescimento do sistema e a flexibilização das garantias, principalmente após a Operação Lava-Jato, ficam evidenciados, atualmente, com a apresentação de projetos e propostas que objetivam a redução de direitos e garantias, tais como o Projeto de Lei do Senado nº 402, de 2015, que, dentre outras alterações, sugere que, após uma condenação criminal de segunda instância, possam os Tribunais de Segunda Instância, tão logo, decretar a prisão quando se tratar de crimes graves, mesmo sem trânsito em julgado, sob a justificativa de que:

A efetividade do processo penal, que é uma reclamação da sociedade nacional, exige que seja conferida alguma eficácia à sentença e ao acórdão condenatório, ainda que sujeitos a recursos. Não é razoável que eles impliquem automaticamente na prisão do condenado, que era a previsão originária do Código de Processo Penal, mas também não é razoável estabelecer como regra absoluta o recurso em liberdade. (grifou-se)⁷⁶

Ademais, no projeto é ressaltado que a prisão a ser decretada após o acórdão condenatório possui também natureza cautelar, e, por esse motivo, não há violação da presunção de inocência. Todavia, os fundamentos da prisão preventiva que se propõe são distintos daqueles previstos para o artigo 312, do Código de Processo Penal, porque "com o acórdão condenatório, já há certeza, ainda que provisória, quanto à responsabilidade criminal do acusado. Remeter aos fundamentos do art. 312 tornaria a proposição legislativa inócua". Essa alteração propõe, em síntese, a possibilidade de, nos crimes gravíssimos (hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro), os Tribunais, em segunda instância, decretarem a prisão, cabendo, no caso, ao acusado o ônus de provar que sua liberdade não oferece riscos a fase recursal, já que após a apreciação colegiada das provas e argumentos das partes, pode-se ter maior segurança para impor prisão ao indivíduo.⁷⁷

Tal proposta, evidentemente reduz o alcance da presunção de inocência, a medida em que admite o tratamento do indivíduo como culpado fosse, antes mesmo de esgotados os

⁷⁵ ROSA. Alexandre Morais da. Op. Cit. P. 58-60

⁷⁶ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 402 de 2015*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=169787&tp=1>>. Acesso em 23/09/2016.

⁷⁷ *Idem*.

recursos, quando estabelece a possibilidade do Tribunal decretar a prisão do acusado, após o julgamento de segunda instância, nos casos de crimes gravíssimos, bem como ao estipular que incumbe ao acusado o ônus de provar que sua liberdade não oferece riscos, pois, como se abordou no capítulo anterior, a inocência é o estado natural do indivíduo, e, por isso, cabe ao Estado, através do devido processo, provar sua culpa, para que, então, aplique-se uma sanção, não cabendo àquele provar nada.

Outro reflexo do movimento de recrudescimento do sistema penal pode ser verificado pelas "10 medidas contra a corrupção", apresentada pelo Ministério Público Federal, que propõe, em suma, o aumento das penas e uma reforma processual restringindo garantias, com a alteração de dispositivos do Código de Processo Penal, dentre elas a certificação do trânsito em julgado, caso o Tribunal verifique que o recurso é abusivo ou protelatório, ao argumento de que o sistema permite o uso de vários recursos e que podem ser usados como manobra para afastar o trânsito em julgado, objetivando que "a sensação de impunidade não se propague no seio da sociedade"⁷⁸, a previsão da possibilidade de execução provisória da pena, após o julgamento em segunda instância, mesmo com a interposição de recursos especial ou extraordinário, alterações na prescrição penal, e a criação da hipótese de prisão preventiva, com a finalidade de identificar e localizar o produto do crime, bem como garantir sua devolução.⁷⁹

Assim, com base no exposto, pode-se inferir que, atualmente, revela-se a tendência de expansão do sistema penal e flexibilização das garantias. Tal situação repercute também na jurisprudência, estando inserido nesse contexto o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal.

2. 2. O Voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do Habeas Corpus 126.292/2016

O caso submetido ao julgamento no Habeas Corpus n. 126.292 tratou do acusado (paciente) que foi condenado em primeira instância ao cumprimento de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao artigo 157, §2º, I e II, do Código Penal, com o direito de recorrer em liberdade. Em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao mesmo e determinou a expedição do mandado de prisão contra o réu, motivo pelo qual se impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, o qual negou o pedido liminar. Dessa decisão impetrou-se Habeas Corpus ao Supremo Tribunal

⁷⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dez medidas contra a corrupção*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_4_versao-2015-06-25.pdf> Acesso em: 23/09/2016.

⁷⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dez medidas contra a corrupção*. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>> Acesso em: 23/09/2016.

Federal, sendo a matéria afetada o julgamento ao Plenário, e que acarretou na mudança de entendimento acerca da compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Ministro Teori Zavascki, relator, em seu voto, destacou que o assunto acerca da execução provisória da pena compreende a análise do alcance do princípio da presunção de inocência, bem como a questão do equilíbrio entre o referido princípio e a efetividade da função jurisdicional, visando atender também aos valores sociais.

Além disso, ressaltou que até o julgamento do Habeas Corpus n. 84.078-7/MG, o Supremo Tribunal Federal entendia pela compatibilidade da execução provisória com o princípio da presunção de inocência, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao argumento de que, após a sentença condenatória recorrível, há a demonstração de consistência da acusação, autorizando, por conseguinte, a prisão como decorrência natural, bem como retomou o argumento de que o fato dos recursos excepcionais não serem dotados de efeito suspensivo confirmaria a possibilidade de tal medida.

Também, aludiu que o princípio da presunção de inocência destacou-se em nosso ordenamento jurídico, com a adesão a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, e que tal situação trouxe reflexos nas normas processuais, especialmente acerca da produção e ônus probatórios, bem como essa ideologia, nas palavras do Ministro:

no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação de das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.⁸⁰

Essas regras e princípios garantidores da liberdade, previstos na legislação, demonstram, para o relator, a distância da fórmula inversa, a qual o acusado deveria provar sua inocência, destacando que a incidência desse princípio se evidencia principalmente quando trata da disciplina probatória no processo penal.

Até a prolação da sentença, devem ser mantidas as ressalvas acerca do possível comportamento do indivíduo contra a ordem jurídica, em razão da presunção de inocência.

⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n° 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

Entretanto, o Ministro Teori Zavascki assevera que a condenação, em primeira instância, revela um juízo de culpabilidade que decorre dos elementos probatórios produzidos durante a ação, e que, para o juiz sentenciante aquela presunção é substituída por um juízo de culpa, apesar de não definitivo, diante da possibilidade de interposição de recurso, o qual exaure a análise sobre os fatos e as provas do processo, com a definição, nesse momento, da responsabilidade penal do acusado. É nesse momento, portanto, "que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal".⁸¹

Assim, afirmou que ocorre a preclusão da matéria que envolve os fatos da causa nas instâncias ordinárias, visto que os recursos interpostos na via extraordinária não se constituem em desdobramentos do duplo grau de jurisdição, diante da sua devolutividade restrita e da impossibilidade de reanálise da matéria fático-probatória. Por conseguinte, havendo condenação do acusado em segunda instância, lastreada em fatos e provas insuscetíveis de reanálise, conforme o relator, "parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado", motivo pelo qual também se nega efeito suspensivo aos recursos excepcionais, conforme a legislação infraconstitucional.

Noutras palavras, consoante a leitura do voto do relator, o princípio da presunção de inocência perdura até o julgamento em segunda instância, pois nela se exaure a análise fático-probatória, sendo que nas instâncias superiores ocorre sua inversão, ou seja, presume-se a culpa do acusado, tendo em vista que já foi lhe assegurado o duplo grau de jurisdição, e, após, decretada sua responsabilidade penal.

Outrossim, a execução provisória da pena, conforme o relator, não fere o núcleo essencial da não-culpabilidade, visto que durante o curso do processo criminal, na instância ordinária, o acusado foi tratado como inocente, tendo respeitado seus direitos e garantias, inclusive as regras probatórias. Por essa razão, não há incompatibilidade com a Constituição Federal, ao se admitir a produção dos efeitos da condenação já reconhecida nas instâncias ordinárias, mesmo que haja interposição de recurso extraordinário ou especial, tanto que há exemplos no ordenamento jurídico em que essa situação já ocorre, como na Lei da Ficha Limpa, a qual permite que o acórdão condenatório produza efeitos antes do trânsito em julgado.

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

Reportou-se, ademais, a um estudo de direito comparado, a fim de demonstrar que em vários países não se suspende a execução até o julgamento de recursos às instâncias superiores, e salientou que os recursos extraordinários se prestam à manter a higidez normativa, não analisar a injustiça dos casos concretos; fato que fica evidenciado com a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou como requisito de admissibilidade do recuso extraordinário a existência de repercussão geral, traduzindo-se na necessidade de demonstrar questões que extrapolam a esfera individual da parte. E, mesmo diante da restrição da admissibilidade, os recursos extraordinários interpostos em matéria penal em grande parte restam inexistentes, porquanto não adentram na discussão tocante a culpa do acusado.

Consoante o Ministro Teori Zavascki, a jurisprudência que assegurava "em grau absoluto" o princípio da presunção de inocência, ao condicionar a execução penal ao trânsito em julgado da sentença condenatória, incentivou a interposição de recursos protelatórios, a fim de, ocasionalmente, configurar uma das modalidades de prescrição penal, pois o último marco interruptivo é a publicação da sentença ou acórdão recorríveis (artigo 117, IV, do Código Penal), sendo tal situação frequente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Logo:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.⁸²

Por fim, o relator apresentou a proposta de orientação, com o entendimento de que a execução provisória de acórdão condenatório de segunda instância, mesmo com a possível interposição de recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência, observando, também, que o acusado não ficará desamparado de tutela jurisdicional, pois poderá pleitear a suspensão da execução provisória da pena, através de Medidas Cautelares ou Habeas Corpus, a qual pode ser deferida se houver plausibilidade jurídica no recurso.

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

Destarte, nota-se que a proposta de alteração de entendimento apresentada pelo Ministro Teori Zavascki restringe o alcance do princípio da presunção de inocência, a medida em que, quando o analisa, faz, principalmente, limitando a questão probatória, bem como sustenta a possibilidade de se anteciparem os efeitos da condenação, inobservando o dever de tratamento que a presunção de inocência também impõe aos sujeitos processuais com relação ao acusado. Ademais, esse entendimento acarreta na inversão desse princípio nas instâncias superiores, logo confronta o marco temporal estabelecido pela Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que busca flexibilizar a garantia, a fim de garantir a "efetividade do sistema".

2. 3. Os principais argumentos dos demais Ministros

No julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, a maioria dos Ministros acompanhou o Relator, apontando para a compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência, ficando vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, esses que, em seus votos, defenderam, em síntese, a manutenção do entendimento de que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do relator, sustentando que a presunção de inocência não é uma regra de caráter absoluto, por essa razão, sua interpretação deve ser realizada de maneira conjunta com os demais princípios constitucionais. E, partindo dessa leitura, afirmou que não se pode inferir que somente pode haver execução da pena privativa de liberdade após esgotadas as instâncias extraordinárias.

Isso, não apenas considerando princípios como o da razoável duração do processo, mas a forma como a Constituição Federal inseriu o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal no sistema recursal, pois, da análise dos artigos 102 e 105, o Ministro afirmou que esses Tribunais não se prestam a verificar as injustiças do caso concreto, sendo que o reexame dessa se encerra nas instâncias ordinárias, quando do julgamento pelo Órgão Colegiado.

Os Tribunais Superiores não podem reexaminar os fatos, tão somente dar-lhes nova definição jurídica. Por isso, afirmou que as instâncias ordinárias “são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes”.⁸³

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n° 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

Ademais, o acesso às vias extraordinárias ocorre em caráter excepcional e sua função não é ser terceira ou quarta forma de revisão de uma decisão judicial, mas de estabilizar e uniformizar a jurisprudência acerca da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, tanto que para o recurso extraordinário é exigida a demonstração de repercussão geral, com a transcendência da tese jurídica, não tendo como propósito precípua a análise de uma injustiça individual. Por essa razão também entendeu pela constitucionalidade do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que confere apenas efeito devolutivo a esses recursos. Também, por critério cronológico, entendeu que essa se sobrepõe à disposição da Lei de Execuções Penais, que exigia a manifestação das Cortes Superiores para o início do cumprimento da pena.

Outrossim, afirmou que conferir a presunção de inocência caráter absoluto seria o mesmo que admitir que “a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado”, pelo fato de o trânsito em julgado pressupor a inércia da parte derrotada, bem como o sistema permitir a interposição de algum recurso e os mecanismos para impedir a interposição dos recursos protelatórios serem inócuos. E, apesar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitir a baixa dos autos à origem, com o cumprimento da pena, antes do trânsito em julgado, quando da interposição do segundo embargos de declaração protelatório, o Ministro acredita que o “limite deva ser maior”, e destacou que, no seu entendimento:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.⁸⁴

Por fim, na mesma linha do relator Teori Zavascki, salientou que o réu não estará sem instrumentos de defesa, podendo se valer de medidas cautelares ou Habeas Corpus para obter efeito suspensivo, em caso de decisões teratológicas.

O Ministro Luís Roberto Barroso proferiu seu voto e também denegou a ordem, ao argumento de que a execução após o julgamento de segundo grau não ofende o princípio da presunção de inocência e, para justificar seu posicionamento, elencou fundamentos jurídicos e pragmáticos.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

Primeiramente, afirmou ser caso de mutação constitucional, ocorrida com a mudança de compreensão da realidade social criada, mormente, após a alteração do entendimento com o Habeas Corpus n. 84.078/MG, que, para o Ministro, produziu três consequências ao sistema criminal: serviu de incentivo à interposição de recursos protelatórios, afirmou a seletividade do sistema penal, porquanto os que se beneficiavam com a possibilidade de recorrer em liberdade são os “réus abastados”, bem como gerou a sensação social de impunidade descrédito quanto ao sistema penal, considerando que aguardar até o trânsito em julgado ocasionou, em muitos casos, a prescrição da pretensão punitiva. Assim, sustentou a necessidade de uma interpretação que garanta a efetividade da lei penal.

Em relação aos fundamentos jurídicos que amparam seu posicionamento, afirmou que a presunção de inocência não impede a prisão antes do trânsito em julgado, visto que a Constituição Federal exige apenas “a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988”, bem como o inciso LVII trata do regime da culpabilidade e que, a partir de uma leitura sistêmica, entendeu que a Constituição distingue esse do regime da prisão, tanto que é possível no sistema penal brasileiro ocorrer prisões justificadas na fase pré-processual, e que esse fato não esvazia o princípio da presunção de inocência, pois há outros efeitos que só ocorrem com o trânsito em julgado.

Outrossim, por ser a presunção de inocência princípio, e não regra, ela pode ser restringida por outras normas de mesma hierarquia (constitucional), através da ponderação.

No caso, há a necessidade de ponderar a presunção de inocência, cujo núcleo essencial reside na “ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida” e a efetividade da lei penal, a fim de proteger os bens jurídicos tutelados por esse e que encontram fundamento na Constituição.

O princípio da presunção de inocência acaba perdendo “peso” ao passo que o processo avança e, quando do julgamento em segunda instância, já houve a apuração da responsabilidade penal do acusado, pois ali se encerra a apreciação de provas e fatos, por isso, afirmou que a partir desse momento a presunção de inocência tem seu peso reduzido em face da efetividade do sistema penal, que possui maior peso. Além disso, ressaltou, como os demais Ministros, que os recursos às Cortes Superiores não discutem materialidade e autoria, diante da devolutividade restrita e não possuem efeito suspensivo.

Então, asseverou que o sacrifício imposto à presunção de inocência é superado com a proteção da efetividade da Justiça, bem como essa conclusão encontra-se fundamentada pelo

“princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”, pelo qual o Estado viola a Constituição quando se omite ou protege de maneira insuficiente os bens jurídicos relevantes, sendo que condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado, como era o entendimento, acarretaria numa proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

O Ministro ainda elencou um fundamento infraconstitucional, ao sustentar que a execução provisória da pena é uma exigência de ordem pública, pois com a decisão de segunda instância estabelecem-se as certezas quanto a materialidade e autoria, bem como a impossibilidade de reexame pelas Cortes Superiores. Assim, a manutenção do réu em liberdade estaria em confronto com a ordem pública, que compreende a eficácia do direito penal e a credibilidade do judiciário.

Além dos fundamentos jurídicos, trouxe em seu voto fundamentos pragmáticos. Em síntese, afirmou que a alteração de entendimento tornará o sistema mais funcional e equilibrado, pois reduzirá o estímulo a interposição de recursos protelatórios e trará, novamente, prestígio as autoridades das instâncias ordinárias, incumbindo às Cortes Superiores situações “efetivamente extraordinárias”; colaborará com a redução da seletividade do sistema penal, de modo a efetivar a igualdade no sistema; como também, auxiliará na superação da ideia de impunidade que a sociedade tem.

Em contrapartida, a Ministra Rosa Weber proferiu seu voto e sustentou a manutenção da jurisprudência que há poucos anos foi revista, por questão de segurança jurídica, demonstrando sua dificuldade em rever a jurisprudência decorrente da alteração dos integrantes do Supremo Tribunal Federal. Assim, destacou alguns argumentos trazidos no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, defendeu a impossibilidade da execução provisória da pena, privilegiando o princípio da presunção de inocência, e, ao final, divergiu dos demais Ministros, para conceder a ordem.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux afirmou que o princípio da presunção de inocência, desde sua concepção histórica, perdura até que seja provada a culpa, e que sua premissa básica está inserta na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o qual não prevê a necessidade de trânsito em julgado.

Além disso, sustentou que há “uma coisa julgada singular” no tocante a matéria fático-probatória do processo penal, haja vista a impossibilidade de sua reanálise pelos Tribunais Superiores, bem como asseverou que o Supremo Tribunal Federal admite coisa julgada em capítulos, e, portanto, isso ocorre com aquela matéria, pois ela se torna indiscutível após a última análise nas instâncias ordinárias, de modo que “nada impede, ainda, aqueles que

interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito em julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento”.⁸⁵

Destacou, também, que a interpretação constitucional deve observar a realidade social e que, atualmente, essa não se conforma com a atribuição da presunção de inocência a um réu que não para de recorrer, bem como asseverou que a cláusula se torna disfuncional, pois o marco interruptivo da prescrição que segue somente se dá com o início do cumprimento da pena, e, quando sobrevier sentença, a defesa pode recorrer indefinidamente sem interrupção do prazo prescricional, mesmo sem inércia do Ministério Público. Tal situação, para o Ministro, é teratológica. Assim, a presunção de inocência não guarda mais correspondência com o sentimento constitucional, em razão da sua incongruência sistêmica.

Ao final, assentou que a presunção de inocência se encerra com a comprovação da culpabilidade do indivíduo, ou seja, em segunda instância, momento em que se encerra a análise fático-probatória, e acompanhou o voto do relator.

A Ministra Cármen Lúcia, em sua breve explanação, acompanhou o relator, sob o argumento de que a interpretação constitucional da presunção de inocência traduz-se na impossibilidade de se considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não de ser considerado condenado, por conseguinte, os efeitos resultantes, que ultrapassem a esfera penal, com o trânsito em julgado somente poderão se concretizar após a sua ocorrência. No entanto, para a Ministra, a condenação que implica no início do cumprimento de pena não abala aquele princípio inculcado até mesmo nas declarações internacionais.

Portanto, a execução provisória da pena não afronta o princípio da não culpabilidade penal, após exaurida a análise probatória, que se encerra com o duplo grau de jurisdição, bem como se destaca de suas palavras que “a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, (...), se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos”.⁸⁶

O Ministro Gilmar Mendes modificou seu entendimento acerca da matéria, pois, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, votou pela incompatibilidade da presunção de inocência com a execução provisória da pena, entretanto sustentou o oposto no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, pois, consoante seu voto, deparou-se com situações que lhe

⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n° 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

⁸⁶ *Idem*.

fizeram refletir acerca do entendimento anteriormente adotado, a exemplificar a multiplicidade de interposição de recursos, com a finalidade de impedir o trânsito em julgado e levar a ocorrência da prescrição, bem como casos em que crimes graves ocorreram os réus permaneceram em liberdade por muitos anos, abalando a efetividade da justiça.

Nessa ocasião, argumentou que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental, e que dele decorre que o ônus da prova incumbe à acusação, bem como aponta para a impossibilidade de tratar o réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entretanto, essa última premissa não impede que tratamento diferenciado ao réu, à medida que ele avança, e, para elucidar a afirmação, citou que para a busca domiciliar necessária apenas fundadas razões; agora, para o recebimento da denúncia o grau de exigência é um pouco maior, apontado para a necessidade de prova da materialidade e indícios de autoria, bem como, para uma condenação, a indispensabilidade de provas que ultrapassem a dúvida razoável, demonstrando, assim, que no curso do processo, podem ocorrer contra o réu medidas que mais gravosas, desde que não comprometam o núcleo essencial da presunção de inocência.

Partindo dessa asserção, o caso trazido a julgamento trata de condenação não transitada em julgado, mas em que a análise dos fatos já foi esgotada pelas instâncias ordinárias, não sendo possível a reabertura de discussão. Assim, após o duplo grau de jurisdição que condena ou confirma a condenação, com a imposição de pena privativa de liberdade, em suas palavras, “tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e sua prisão necessária”. Por essa razão, o Ministro sustentou a compatibilidade da presunção de não culpabilidade, com a execução da pena antes do trânsito em julgado.⁸⁷

Os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski divergiram do relator, ao sustentar a manutenção do entendimento assentado no Habeas Corpus n. 84.078/MG.

Primeiramente, o Ministro Marco Aurélio, defendeu, em suma, a impossibilidade da execução provisória da pena, porquanto a Constituição Federal condiciona o fim da presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para ele, a premissa não permite maiores traduções, pois “em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”.⁸⁸

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n° 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

⁸⁸ *Idem*.

Ainda, asseverou que a possibilidade de execução provisória pressupõe a possibilidade de retorno ao estado anterior, caso a decisão sofra alteração, e sustentou que, no caso da pena privativa de liberdade, esse retorno é impossível, pois, após uma decisão condenatória ser reformada em absolutória, não há como devolver ao cidadão a liberdade perdida. Assim, afirmou que a mudança de orientação proposta revela que a presunção de culpabilidade não importa em garantia, pois permitirá que o réu seja preso antes do trânsito em julgado, mesmo quando a decisão condenatória ainda pode ser reformada.

O Ministro Celso de Mello, após uma breve digressão acerca das raízes históricas da presunção de inocência, afirmou que essa ao ser consagrada na Constituição Federal brasileira representou uma grande conquista: a do cidadão não ser tratado em nenhuma hipótese, pelo Poder Público, como se fosse culpado.

Outrossim, ressaltou que a garantia constitucional garante que qualquer indivíduo seja considerado como inocente, independente da natureza do delito que tenha sido acusado, e que essa presunção deve prevalecer até o trânsito em julgado da condenação criminal, servindo de obstáculo a imposição de medidas que atinjam a esfera jurídica do mesmo. Por essa razão, não pode o réu ser tratado como culpado, sem condenação transitada em julgado.

Isso porque a Constituição Federal estabelece limites que não podem ser ultrapassados pela ação estatal, mormente, quando da persecução penal, sendo que o próprio texto normativo estabelece o critério de proteção da presunção de inocência. No caso, o artigo 5º, inciso LVII, dispôs que o referido princípio apenas perde sua eficácia e força normativa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, por esse motivo, a cláusula afasta a possibilidade da execução provisória da pena. Também, ressaltou que a presunção de inocência não impede a prisão cautelar, visto que o próprio texto constitucional prevê a possibilidade de tal medida e estabelece os requisitos para a sua utilização, objetivando preservar os interesses da coletividade também, não olvidando os direitos individuais do cidadão.

Para o Ministro, a presunção de inocência não sofre o progressivo esvaziamento com o curso da ação penal, e, mesmo confirmada a decisão condenatória em segunda instância, perdurará a eficácia desse direito fundamental até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação, pois é o momento estipulado no texto constitucional.

Além disso, trouxe argumento infraconstitucional para amparar o seu voto, ao destacar que a Lei de Execuções Penais impõe a necessidade do trânsito em julgado como pressuposto de legitimação da execução da sentença, nos artigos 105 e 147, ressaltando que nem mesmo uma pena de multa pode ser executada sem o trânsito em julgado. Ao final, reafirmou que “a

execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVIII), de ser presumido inocente”.⁸⁹

Por último, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que não pode ultrapassar a literalidade do texto constitucional, esse que garante o direito a presunção de inocência até o trânsito em julgado, bem como destacou que, apesar da legislação infraconstitucional conferir apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários, a impossibilidade da execução provisória da pena encontra amparo no texto constitucional, e havendo interposição de recurso por parte da defesa obsta-se o cumprimento da pena, e, por conseguinte, as leis ordinárias que não conferem efeito suspensivo devem ser interpretadas sob a guarda da Constituição.

Demonstrou, ainda, a incoerência com relação ao entendimento proposto, quando em momento anterior, o Supremo Tribunal Federal revelou que “o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido”, enquanto a mudança de alteração proposta facilita o ingresso dos indivíduos no sistema prisional, destacando, também, a impossibilidade de se restituir ao indivíduo o tempo que ele permaneceu preso, caso sobrevenha absolvição.

Por conseguinte, apesar da divergência trazida pelos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 deu o primeiro passo para a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação do princípio da presunção de inocência e de sua compatibilidade com a execução provisória da pena, como também a decisão proferida gerou enorme repercussão, principalmente, na doutrina, como será exposto no próximo capítulo.

⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n° 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14/10/2016.

3. A REPERCUSSÃO DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 126.292/SP

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, resultante do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, repercutiu significativamente na doutrina e jurisprudência, bem como foi alvo de críticas, considerando a quantidade de publicações que trataram daquela decisão, mormente, questionando a sua compatibilidade com a Constituição Federal e os argumentos invocados pelos Ministros na ocasião.

Além disso, vale destacar que, mesmo após o julgamento, os Ministros que ficaram vencidos continuaram a aplicar o entendimento anterior, o qual condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao argumento de que a última decisão não possui caráter vinculante.

Outrossim, em razão da omissão acerca do artigo 283, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “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”⁹⁰, foram propostas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, visando, em síntese, a declaração de sua constitucionalidade e a incompatibilidade do teor do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP com o referido artigo, como também a suspensão das execuções provisórias até o julgamento do mérito. No entanto, em 05/10/2016, quando do julgamento da Medida Cautelar pelo plenário, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento do início do ano e indeferiu a cautelar.

Assim, o terceiro capítulo abordará as discussões e críticas acerca do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, a reviravolta no Supremo Tribunal Federal, elucidando os argumentos pelos quais os Ministros que ficaram vencidos não aplicaram o entendimento do início do ano, e, ao final, os pedidos e argumentos das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44, bem como os fundamentos utilizados pelos Ministros, quando do julgamento da Medida Cautelar.

3. 1. Manifestação da doutrina acerca decisão do Habeas Corpus n. 126.292/SP

Antes de adentrar no assunto em si, considerando que a alteração do entendimento ocorreu em fevereiro deste ano, oportuno frisar que a utilização de artigos publicados em sítios

⁹⁰ BRASIL. *Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

eletrônicos se deu em razão da atualidade do tema, e pelo fato das edições dos livros serem publicadas anualmente.

Lenio Streck, em artigo eletrônico publicado no Consultor Jurídico, teceu críticas acerca do teor do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP e ressaltou que se trata de exemplo de ativismo judicial, bem como a decisão carece de amparo jurídico constitucional.

Para o autor, o Supremo Tribunal Federal modificou o texto constitucional, porquanto a interpretação do princípio da presunção de inocência, tal como ocorreu, fugiu aos limites do texto normativo (Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), e, assim, a decisão “julgou inconstitucional o próprio texto constitucional”.

Também, salientou que, ao analisar a decisão plenária, não há no voto do relator, nem mesmo no dispositivo do acórdão, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, afirmando que tal situação é um problema, visto que não há como contornar o disposto nesse, que expressamente condiciona a prisão a sentença condenatória transitada em julgado.

Então, assevera que o artigo acima referido permanece hígido e deve ser aplicado, porque não declarada formalmente sua inconstitucionalidade. Ademais, sustentou que os Tribunais não estão vinculados àquela decisão, haja vista a inexistência de dever jurídico de obediência a mesma, considerando, primeiramente, que não houve declaração de inconstitucionalidade, nem houve edição de súmula vinculante, como também o julgamento ocorreu em sede de controle difuso, não sendo possível, por isso, a tese da objetivação. Por esse motivo, não será cabível reclamação ao Supremo Tribunal Federal, caso os Tribunais não apliquem o entendimento e cumpram o teor do artigo 283, do Código de Processo Penal, que não foi declarado inconstitucional e, portanto, é válido.

Ao final, ressaltou a ausência de debate da matéria com a comunidade jurídica antes da alteração da jurisprudência, tal como preconiza o novo Código de Processo Civil, sendo de relevante importância, a fim de assegurar a participação e não surpreender os jurisdicionados. Entretanto, frisou que mesmo assim existem limites semânticos traçados na Constituição, que impedem a livre disposição acerca das garantias.⁹¹

Ainda, em relação ao artigo 283, do Código de Processo Penal e o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, o autor publicou outro artigo e afirmou que para manter a orientação firmada em 2016, terá que declarar inconstitucional o referido dispositivo.

⁹¹ STRECK, Lenio. *Teori 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 27/10/2016.

Isso porque aquele artigo é um obstáculo a execução provisória da pena, porquanto textualmente condiciona o início do cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, assevera que ao se omitir a respeito do artigo 283, do Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal Federal teria inobservado a súmula vinculante 10, que proíbe que algum órgão julgador deixe de aplicar um dispositivo, sem a declaração de sua inconstitucionalidade.

Assim, para admitir a execução provisória da pena não é suficiente a nova interpretação do Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois é necessário também enfrentar o artigo 283, do Código de Processo Penal, considerando que aquele é um princípio constitucional e esse transparece o disposto naquele incidindo como regra. Como também não houve mutação constitucional, porquanto o autor assevera que ela implica numa nova norma para um mesmo texto, e não para um novo texto. Para solucionar a questão, em razão da contradição existente entre o dispositivo do Código de Processo Penal e a nova orientação do Supremo, há de ser utilizada a ação declaratória de constitucionalidade.⁹²

Inclusive, Lenio Streck foi um dos autores que escreveu a inicial da Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que será exposta no item 3.3.

Aury Lopes Júnior, em sua publicação *“Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico”*, sustentou que a presunção de inocência se constitui em dever de tratamento ao indivíduo e que a execução antecipada da pena iguala a situação fática e jurídica da pessoa que não teve sua sentença transitada em julgado à de condenado. No entanto, destacou que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal estabelece que não se pode equiparar o acusado a condição de condenado, e trata-lo como tal, antes do trânsito em julgado.

Asseverou, também, que o argumento daqueles que defendem que o acusado é considerado culpado, após o julgamento de segunda instância, pois os recursos extraordinários não possibilitam a reanálise dos fatos não subsiste, porquanto o sistema brasileiro parte de um conceito jurídico da culpabilidade, e encontra fundamento na presunção de inocência. Por essa razão, a culpabilidade, para o nosso sistema normativo, está atrelada à imutabilidade da condenação, o que ocorre com o trânsito em julgado da sentença. Além disso, destacou que o caráter extraordinário dos recursos não altera o conceito de trânsito em julgado, esse que é o

⁹² STRECK, Lenio. *Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em 28/10/2016.

marco inicial para o “tratamento de culpado”, bem como não pode o Supremo Tribunal Federal reinventar sua definição, mesmo porque ela foi construída ao longo da história.

Ainda, a ausência de efeito suspensivo, prevista no artigo 27, §2º, da Lei 8.038, é inaplicável ao processo penal, porquanto despreza categorias jurídicas próprias desse sistema, e, por isso, não se pode simplificar o problema ao efeito recursal, visto que está em jogo a liberdade de alguém, essa que é um direito individual, amparado, dentre outros, pelo princípio da presunção de inocência. Também, há que se considerar que os efeitos da execução provisória da pena são irreversíveis, pois, caso provido o recurso, não há como devolver ao indivíduo o “tempo” perdido, o que não ocorre no processo civil.

Aduziu, outrossim, que a invocação do direito comparado tratou de maneira generalizada a questão e desconsiderou as diferenças entre os sistemas jurídicos, e que o argumento do baixo provimento de recursos defensivos não se sustenta, haja vista a legitimação dos recursos extraordinários e da presunção de inocência não se darem por critérios quantitativos, quer dizer, respectivamente, ao número de provimentos e de absolvições. "a legitimação dos recursos extraordinários não é 'quantitativa', não depende do número de recursos providos. Como a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias". Além disso, o autor apontou, assim como Lenio Streck, para a ausência de referência ao artigo 283, do Código de Processo Penal.

Quanto a questão da demora, a sensação de impunidade e a prescrição, Aury Lopes Júnior ressaltou a dificuldade em se encontrar o equilíbrio entre a prestação jurisdicional com os direitos e garantias fundamentais, destacando, também, que há problemas estruturais e que a execução provisória da pena foi utilizada como uma “solução” para questão. Como também salientou a incoerência existente, pois o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “Estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional, diante da violação de direitos fundamentais, e, em seguida, admite a execução provisória da pena, e que atender aos anseios sociais é um caminho perigoso, devendo o juiz resguardar suas funções, promovendo a eficácia dos direitos fundamentais, ainda que tenha que julgar contra a maioria.⁹³

Para Juarez Cirino dos Santos, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a presunção de inocência é um postulado civilizatório, entretanto reduziu as dimensões de garantia e tratamento que aquele princípio confere aos indivíduos, ao tratar apenas da sua incidência na questão probatória, contudo a Constituição Federal excede essa dimensão

⁹³ LOPES JÚNIOR, 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>> Acesso em: 27/10/2016.

ao estipular que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e, assim, importa o momento em que se forma o juízo de culpa.

Afirmou, também, que o princípio da presunção de inocência restou sacrificado em nome da efetividade jurisdicional, por motivos utilitários, de modo que a condenação em segunda instância possuiria força tal, que não apenas tornaria necessária a prisão, como também compatível com a presunção de inocência, mesmo sem o trânsito em julgado.

Ademais, o autor ressaltou que a interposição de recursos protelatórios, que podem acarretar na prescrição penal, não ocorre em virtude da presunção de inocência, mas da demora do Poder Judiciário em resolver as questões que lhes são trazidas. Por isso, cabe ao Estado melhorar sua estrutura e não atribuir culpa ao cidadão a tal situação. Destacou, ainda, que cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar a constitucionalidade das leis e salvaguardar os direitos dos cidadãos em conflito com o Estado, não a realização do poder punitivo “obscuro e controvertido”, bem como os efeitos recursais não permitem a restrição do alcance de direitos fundamentais.⁹⁴

3. 2. A reviravolta no Supremo Tribunal Federal

Mesmo após o julgamento plenário, com a decisão por maioria dos Ministros acerca da possibilidade da execução provisória da pena e sua aplicabilidade pelos Tribunais, os Ministros que ficaram vencidos concederam liminares em Habeas Corpus para prisões decretadas com a após o julgamento em segunda instância. Aqui, destaca-se a liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus n. 135.100/MG, que não aplicou a orientação do Habeas Corpus n. 126.292/SP, quando sustentou, em suma, que esse não possui eficácia vinculante e que a presunção de inocência só se descaracteriza com o trânsito em julgado.

Antes de adentrar no teor da decisão, far-se-á uma síntese do que é efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e quais delas possuem o referido efeito, de modo a vincular os demais órgãos.

Efeito vinculante, segundo Dimitri Dimoulis, é aquele que obriga o cumprimento do dispositivo da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal e a observância da sua fundamentação jurídica quando da análise de casos similares. Esse efeito encontra suas raízes

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino. Existe algo de errado no papel do STF?. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/01/existe-algo-de-errado-no-papel-do-stf/>> Acesso em: 27/10/2016.

no princípio dos precedentes vinculantes, típico do sistema jurídico de *common law* e visa a uniformidade das decisões.

A primeira previsão normativa de efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato se deu com a Emenda n. 7, de 1977. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Emenda n. 3 conferiu tal efeito às Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), sendo estendido às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com as Leis n. 9.868⁹⁵ e 9.882⁹⁶, respectivamente, ambas de 1999.

Com a Emenda Constitucional 45 de 2004, previu-se no texto constitucional o efeito vinculante a Ação Direta de Inconstitucionalidade, alterando o texto do Artigo 102, §2º, que vigora atualmente.⁹⁷ A previsão quando a ADPF permanece no plano infraconstitucional.

Ademais, o efeito vinculante possui extensões objetivas e subjetivas. Sobre aquela, a vinculação das decisões se aplica às decisões que decidem o mérito, salvo a ADPF ou quando do julgamento de uma ADIn não houver quórum suficiente para declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Também, há a discussão acerca de quais partes da sentença geram efeitos vinculantes, se o dispositivo apenas ou abarca os fundamentos. O Supremo Tribunal Federal admite esta última e aplica a tese da vinculação pelos fundamentos determinantes, de modo que os argumentos utilizados para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade aplicam-se aos casos semelhantes.

A extensão subjetiva se refere às pessoas que se vinculam as decisões do Supremo, e, conforme o Artigo 102, §2º, da Constituição Federal, o efeito vinculante afeta os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas.⁹⁸

⁹⁵ BRASIL. Lei n° 9.868 de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 29/11/2016. "Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

⁹⁶ BRASIL. Lei n° 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em: 29/10/2016. "Art. 10. §3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público".

⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29/10/2016. "Art. 102. §2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 181-185.

Outrossim, oportuno ressaltar que, consoante a obra de Carlos Romero Lauria Paulo Neto, existem restrições ao efeito vinculante, especialmente, conforme o tipo de controle de constitucionalidade e o caráter objetivo ou subjetivo do processo.

O efeito vinculante só é cabível nos processos objetivos, em que o Supremo realiza o controle de constitucionalidade da norma em abstrato, objetivando a higidez do sistema jurídico, pois o referido "é, ele próprio, instrumento de direito objetivo, ao significar a generalização da solução concreta de direito objetivo (constitucional) declarada *principaliter* pelo tribunal constitucional para uma específica hipótese normativa (direito objetivo) e não para uma relação jurídica subjetiva" (sic).⁹⁹

Assim porque a Constituição Federal prevê efeito vinculante apenas às sentenças proferidas em ADIn e ADC, quando realizadas em controle abstrato, nada mencionando acerca do controle difuso, porquanto nesse a interpretação constitucional realizada é assim feita para o caso apresentado e, se conferisse efeito vinculante e *erga omnes* a mesma, realizar-se-ia uma generalização da solução construída para uma controvérsia de caráter subjetivo.¹⁰⁰

Nesse sentido, ao analisar o caso submetido a análise do Ministro Celso de Mello (Habeas Corpus n. 135.100/MG), o Tribunal local, em recurso exclusivo da defesa, confirmou a sentença condenatória de primeiro grau e determinou a expedição de mandado de prisão de ofício, ao argumento de que finalizada a instrução e sobrevindo condenação, a presunção de inocência deveria ser invertida, presumindo, a partir de então, que o acusado é culpado. Tal situação, para o Ministro, viola o postulado da presunção de inocência, previsto no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, porquanto o acórdão considerou suficiente para o término da presunção de inocência a sentença condenatória de primeira instância, quando a Constituição estabelece que aquela presunção se descaracteriza apenas com o trânsito em julgado da decisão. Também, asseverou "ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".¹⁰¹

Aduziu, também, que a presunção de inocência é uma cláusula que obsta a determinação de medidas que atinjam a esfera jurídica dos indivíduos e subsiste até a superveniência do trânsito em julgado da condenação, logo os efeitos dessa somente podem surtir após o momento estipulado pela norma. Então, porque a presunção de inocência impede que alguém seja tratado

⁹⁹ PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A Decisão Constitucional Vinculante*. São Paulo: Editora Método, 2011. P. 172.

¹⁰⁰ *Ibidem*. P. 172-176.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 135.100, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135100.pdf>>. Acesso em: 29/10/2016.

como culpado até o trânsito em julgado da condenação, a execução antecipada da pena é incompatível com a norma constitucional.

Além disso, o Ministro valeu-se da legislação infraconstitucional para fundamentar sua decisão, ao afirmar que além da presunção de inocência, a própria Lei de Execução Penal exige o trânsito em julgado como pressuposto para a execução da sentença condenatória, tal como dispõe os artigos 105 e 147, do referido diploma¹⁰² e, por conseguinte, apresentou argumentos constitucionais e infraconstitucionais para sustentar que a impossibilidade de execução de uma condenação, ainda que seja apenas de multa, pois necessita do trânsito em julgado para formar o “título judicial definitivo”.

Outrossim, ao deferir o pedido liminar, destacou que o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292/SP carece de eficácia vinculante, conforme suas palavras:

Nem se invoque, finalmente, *o julgamento plenário do HC 126.292/SP* - em que se entendeu possível, *contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes* deste E. Tribunal, *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário"* -, **pois tal decisão é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, "caput", da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral"**.¹⁰³

Os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, nesse mesmo sentido, deferiram liminares contra decisões que determinaram o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, consoante o verificado nas Medidas Cautelares em Habeas Corpus n. 133.528/DF e 135.752/PA.

No entanto, oportuno ressaltar que as liminares concedidas tratam-se de decisões monocráticas e que a orientação assentada pelo Habeas Corpus n. 126.292/SP decorreu de julgamento submetido ao plenário, e, mesmo que sem eficácia vinculante revelou uma interpretação, majoritária, de que a presunção de inocência é compatível com a execução provisória da pena, como também os Tribunais vêm aplicando o referido entendimento e determinando a expedição de mandado de prisão nos casos de condenação em segunda instância.

¹⁰² BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> Acesso em: 28/10/2016. “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”.

¹⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 135.100, Relator: Ministro Celso de Mello.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135100.pdf>>. Acesso em: 29/10/2016.

3.3 As Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 e a “conformidade” do artigo 283, do Código de Processo Penal com o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292/SP

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional propuseram Ações Diretas de Constitucionalidade, visando que o Supremo Tribunal Federal se manifeste acerca da constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, bem como a sua conformidade com o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292/SP. Ambas requereram Medida Cautelar, para suspender as execuções provisórias determinadas após o julgamento pelos Tribunais, e para evitar que novas prisões sejam deflagradas até o julgamento do mérito.

3. 3. 1. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 43

O Partido Ecológico Nacional (PEN) sustentou a existência de controvérsia acerca da constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, em virtude do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, porquanto aquele exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para que se inicie o cumprimento de pena, e que o seu texto foi alterado em 2011 pela Lei n. 12.403, estando em consonância com o entendimento firmado pelo Habeas Corpus 84.078, de 2009. Assim, para manter a orientação assentada em fevereiro deste ano, dever-se-ia declarar a inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, haja vista a impossibilidade de sua conformação com a execução provisória da pena.

Os argumentos para a declaração da constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, fundam-se, essencialmente, no fato de que o dispositivo traz interpretação possível dentro da moldura normativa prevista pelo legislador constituinte e que reflete o princípio da presunção de inocência, como também prevê a necessidade do trânsito em julgado. Ademais, o julgador deve priorizar as normas que protegem a liberdade, como ocorre naquele artigo e que sua restrição apenas seria justificável se fosse incompatível com o texto constitucional, no mais, deve-se prestigiar a escolha legislativa e a presunção de constitucionalidade das leis.

Outra questão levantada na petição trata da necessidade de lei para criar uma nova hipótese de prisão e que o entendimento que admite a execução provisória da pena o faz sem previsão legal, afrontando o princípio da legalidade, previsto no Pacto de São José da Costa Rica e na Constituição Federal. Por conseguinte, a prisão decorrente de execução provisória, está em desacordo com o Artigo 283, do Código de Processo Penal e afronta o princípio da reserva legal em matéria penal.

Isso porque “na esfera penal, é aplicada a regra da legalidade estrita – ou reserva qualificada da lei -, uma vez que se trata de sistema que tem como consequência a limitação da liberdade dos condenados”.

Também, aventou-se a manutenção da constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, enquanto perdurar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário, assim denominado no julgamento da Medida Cautelar na ADPF n. 347, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em razão da enorme violação de direitos fundamentais que lá ocorrem, bem como não foi verificado o impacto no sistema após a mudança de orientação.

Entretanto, asseverou-se que a pena sem trânsito em julgado aumentará o número de pessoas no sistema prisional e, considerando que atualmente o número de presos provisórios correspondem a mais de 40% da população carcerária, pode-se ultrapassar a metade do número de presos no Brasil que não possuem a sentença penal condenatória transitada em julgado. Por esses fundamentos, pediu-se que o referido artigo seja declarado “ainda constitucional”, até que ocorra o julgamento definitivo da ADPF n. 347 e sejam obedecidas as providências que o Supremo Tribunal Federal estabelecer no sistema prisional. Então, propôs que sejam aplicadas as medidas cautelares do Artigo 319, do Código de Processo Penal, ao invés da prisão, objetivando amenizar os danos que possam ocorrer com a execução provisória da pena, diante do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário.

A irretroatividade da interpretação jurisprudencial também foi um dos pleitos na Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo PEN (n. 43). Para tanto, sustentou-se que a prisão cautelar ou a decretada antes do trânsito em julgado a título de execução provisória são atos que não se exaurem numa fase procedimental específica, e, por isso, não se aplica a regra que determina que a norma processual aplicável é aquela vigente ao tempo do ato.

Além disso, requereu-se a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 637, do Código de Processo Penal, que atribui apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários em matéria penal, como também utilizado para amparar a execução da pena sem o trânsito em julgado da condenação, porque esse dispositivo é mais antigo e genérico que o Artigo 283, do mesmo diploma legal, considerando que o texto desse foi editado em 2011 e trata fundamentalmente da pena de prisão, quando aquele trata apenas do efeito recursal atribuído. Por essa razão, aplica-se a prisão o último, necessitando, assim, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Subsidiariamente, formulou-se pedido de interpretação do Artigo 637, do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal, a fim de restringir sua aplicação apenas aos

Recursos Extraordinários, tendo em vista que no âmbito no Superior Tribunal de Justiça são analisadas questões infraconstitucionais acerca da culpabilidade do indivíduo, porquanto esse é um conceito normativo e não empírico, como também a tipicidade, dosimetria da pena e licitude da prova, e que podem acarretar na absolvição, redução de pena ou regime inicial de cumprimento de pena mais brando do que aquele estabelecido pelos Tribunais.

Para reforçar o seu pleito, foram apresentados dados estatísticos, para demonstrar que há uma significativa reversão das decisões quando julgados os recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, realizou o pedido cautelar para que não ocorram novas execuções provisórias e as que foram decretadas sejam suspensas; subsidiariamente, a interpretação do Artigo 283, do Código de Processo Penal à luz da Constituição, juntamente com a substituição da prisão pelas medidas cautelares previstas em lei; ainda, no caso de não acolhimento dos dois, a interpretação conforme do Artigo 637, do Código de Processo Penal, atribuindo efeito devolutivo apenas ao Recurso Extraordinário.¹⁰⁴

3. 3. 2. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 44

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também propôs Ação Direta de Constitucionalidade, questionando a omissão acerca do Artigo 283, do Código de Processo Penal quando do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, fato que gerou “uma aporia no sistema constitucional de garantias que ameaça a segurança jurídica”¹⁰⁵, porquanto, apesar da ausência de efeito vinculante, os Tribunais adotaram a orientação daquele sem, no entanto, observar o referido dispositivo, o que viola a cláusula de reserva de plenário, consoante o Artigo 97, da Constituição Federal¹⁰⁶ e Súmula Vinculante n. 10.

A mudança de entendimento se deu sob o argumento de que em outros países, após o duplo grau de jurisdição, a execução da pena não permanece suspensa aguardando julgamento da Corte. Todavia, não atentou a forma como a presunção de inocência foi estabelecida na Constituição Federal. Ademais, a omissão em relação ao Artigo 283, do Código de Processo

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC/43, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>>. Acesso em: 28/10/2016.

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC/44, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>> Acesso em: 28/10/2016.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28/10/2016. “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Penal implica em dizer que esse permanece válido e não podem os Tribunais deixar de aplicá-lo, a menos que suscite o incidente de arguição de inconstitucionalidade, na forma disposta pelo Código de Processo Civil.

Para manutenção do atual entendimento, assim, o Supremo Tribunal Federal terá que declarar a inconstitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal. Entretanto, por aquela regra repetir o texto constitucional, questionou-se a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo que espelha a norma constitucional. Outrossim, asseverou-se que necessária será a declaração de inconstitucionalidade dos Artigos 105 e 147, da Lei de Execuções Penais, visto que estabelecem como pressuposto para execução da pena o trânsito em julgado, o que se mostra incompatível, também, com o posicionamento firmado neste ano.

Além disso, ressaltou-se que os Tribunais se vinculam a lei, e, no caso, não está presente nenhuma das hipóteses pela qual se pode deixar de aplicar aquela, pois é preciso que seja declarada formalmente sua inconstitucionalidade, sob pena de se apropriar de competência do plenário ou órgão especial do Tribunal, como dispõe a Constituição.

Ainda, porque no Brasil não se utiliza a tese das normas constitucionais inconstitucionais, afirmou-se, que caso uma norma infraconstitucional reproduzir o conteúdo da norma constitucional, haverá constitucionalidade espelhada, tal como ocorre com o Artigo 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição Federal e o Artigo 283, do Código de Processo Penal, pois esse reitera o conteúdo material e formal estabelecido naquele, motivo pelo qual se deve declarar a constitucionalidade do mesmo.

Ressaltou-se, também, que a atribuição de sentido ao texto constitucional deve observar os limites semânticos estabelecidos pela literalidade da norma. Do contrário, o intérprete torna-se um legislador positivo. No julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, ao interpretar a expressão trânsito em julgado, o Supremo extrapolou os limites semânticos da norma e “esvaziou seu sentido originário”, suprimindo uma garantia constitucional, visto que é cediço na comunidade jurídica o que é uma sentença condenatória transitada em julgado.

Ao final, requereu-se a concessão de medida cautelar para suspender as execuções provisórias da pena decretadas em segunda instância, porquanto não observam o Artigo 283, do Código de Processo Penal, diante da nulidade existentes nessas decisões, já que se apropriam

da competência de controle difuso de constitucionalidade, bem como a insegurança jurídica ocasionada pelas mesmas.¹⁰⁷

3. 3. 3. O julgamento das Medidas Cautelares das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44

Antes de adentrar no teor do julgamento, cumpre esclarecer que este item será baseado no julgamento transmitido pelos meios eletrônicos, bem como nos votos disponibilizados à imprensa, porquanto ainda não há acórdão publicado.

Iniciado o julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, em 01 de setembro de 2016, após a leitura do relatório e as manifestações orais, o **Ministro Marco Aurélio** proferiu seu voto no sentido de reconhecer a constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal e conceder a liminar para suspender as execuções da pena determinadas sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como acolheu o pedido subsidiário e determinou a concessão de liberdade aos réus que foram presos em segunda instância e interpuseram recurso ao Superior Tribunal de Justiça, salvo nos casos de prisão preventiva.

O Ministro asseverou que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal estabelece a culpa como pressuposto para a imposição da pena, e que sua verificação ocorre quando do trânsito em julgado e o texto normativo não dá abertura para maiores controvérsias semânticas. Também, ressaltou que a custódia no sistema penal possui caráter excepcional, porquanto a regra é que a prisão se dê com o trânsito em julgado, sendo exceção as situações individualizadas que se amoldam as hipóteses do Artigo 312, do Código de Processo Penal, em que se pode decretar a prisão cautelar.

Ademais, o Artigo 283, do Código de Processo Penal reproduz o disposto no texto constitucional, sendo que o legislativo tratou de concretizar a garantia nessa assegurada também na legislação processual. Assim, afirmou que o legislador se aproximou da Constituição, enquanto o judiciário dela se afastou, em razão do entendimento do Habeas Corpus n. 126.292, visto que se reverteu “a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do código de processo penal”.

Destacou que há uma regra hermenêutica, a qual diz que onde há clareza e precisão textuais se encerra o processo interpretativo, sob pena de modificar a norma. Ainda, o **Ministro**

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC/44, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>> Acesso em: 28/10/2016.

Marco Aurélio releu partes de seu voto proferido no Habeas Corpus n. 126.292 e ressaltou, novamente, que a execução provisória tem como pressuposto a possibilidade de se retornar ao estado anterior, caso a decisão seja reformada, afirmando a incompatibilidade da mesma no processo penal, diante da impossibilidade de se devolver a liberdade ao cidadão, se restar absolvido posteriormente.

Para o relator, não há distinguir presunção de inocência e não culpa, pois ambas possuem mesmo conteúdo semântico e, portanto, equivalem-se. Outrossim, a execução da pena determinada por sentença exige a configuração do crime, abarcando a análise da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, não devendo ocorrer enquanto não se estabeleça a prática do delito.

Conforme a Lei Maior, a presunção de inocência se vincula ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por essa razão, a constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, não comporta indagações, visto que reproduz cláusula pétreia, cujo núcleo essencial sequer pode ser suprimido pelo exercício do constituinte derivado. Também, estabelece-se a preclusão maior para privação da liberdade, pois é marco seguro diante da possibilidade de reforma ou abrandamento da condenação nas instâncias superiores.

Além disso, assinala que a problemática se revela maior quando se evidencia a superpopulação carcerária, conforme o julgamento da Medida Cautelas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, em que se verificou o número elevado de presos provisórios, apontando para a má utilização da prisão cautelar e inobservância da presunção de inocência, haja vista que ocorre a inversão da ordem natural “para prender e depois investigar”, e que a forma pela qual o processo é conduzido se mostra incompatível com o direito de ir e vir dos cidadãos. Por isso, o Ministro enaltece, mais uma vez, a importância do trânsito em julgado, visto o desrespeito ao princípio da não culpabilidade, mormente quando se trata de prisão cautelar e, assim, não há que antecipar a supressão da liberdade com contornos definitivos. Ademais, a Constituição, no Artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, prestigia a liberdade, ao dispor que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” e, assim, deve-se adotar as medidas possíveis nos artigos 312 e 319, do Código de Processo Penal, em vez de prender.

Por conseguinte, não se deve antecipar a culpa para além dos limites explicitados na Constituição Federal, do contrário ocorrerá a supressão do direito de recorrer em liberdade e de ter seu direito tutelado a qualquer tempo pelo Supremo Tribunal Federal.

O **Ministro Marco Aurélio**, então, deferiu as liminares, porquanto “a harmonia do artigo 283 com a constituição federal é completa, considerados os contornos do princípio da não culpabilidade”. Acerca do pedido subsidiário, de condicionar a execução a análise do Recurso Especial, consignou que os Códigos Penal e de Processo Penal são leis federais, bem como incumbe ao Superior Tribunal de Justiça a correta aplicação da lei penal e a palavra final no tocante a legislação infraconstitucional, tratando-se de um Tribunal de cassação. Também, o direito penal não se reduz a análise fática, há a necessidade da análise do conjunto normativo, porquanto superada a teoria causalista, não sendo a culpa apenas um elemento empírico.

Destacou a influência determinante do Superior Tribunal de Justiça em questões que afetam a pena, a exemplificar a tipicidade e dosimetria da pena, bem como a alta reversibilidade dos recursos especiais (29% a 49%). Assim porque “é necessário admitir que a certeza jurídica não ocorre em segunda instância, mas perante o STJ”, o relator acolheu também o pedido subsidiário para suspender as execuções determinadas em segunda instância, cuja culpa ainda esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça.¹⁰⁸

Após o voto do relator, o julgamento foi suspenso e teve prosseguimento em 05/10/2016, com o voto do **Ministro Edson Fachin**, o qual ressaltou que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada num cenário democrático, coexistindo as concepções ideológicas que defendem a utilização dos aparelhos repressores estatais contra quaisquer infrações a lei e as que preconizam a extinção da pena privativa de liberdade, por entende-la irracional e desnecessária, e que ambas se manifestam nos dispositivos constitucionais, devendo, pois, fazer-se uma análise sistêmica.

A Constituição Federal, outrossim, estabeleceu o direito penal como uma das formas de proteção aos direitos fundamentais, manifestando-se nos seus artigos, tal como o 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, bem como o Supremo Tribunal Federal, por vezes, declarou inconstitucional normas que obstavam a proteção penal a direitos fundamentais, com base no princípio da proibição deficiente.

Ainda, destacou que o Brasil restou indagado acerca da ineficiência do sistema penal na proteção de direitos humanos e mencionou casos que, em razão da morosidade da justiça, foram levados a jurisdição internacional, inferindo, ao final que a racionalidade do sistema também envolve a perspectiva da proibição da proteção deficiente, para que as violações aos direitos humanos sejam investigadas e punidas.

Pleno - Iniciado julgamento sobre execução da pena antes do trânsito em julgado. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 159 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IHkEmQ50PSM>>. Acesso em: 03/11/2016.

Para o Ministro, ademais, o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 não decorreu apenas dos anseios punitivos sociais diante da baixa eficiência do sistema no tocante aos crimes de “colarinho branco”, mas que todas as modalidades de crimes devem ser enfrentadas dentro dos limites constitucionais, como também a retomada do entendimento anterior ao de 2009 veio se manifestando antes mesmo dos eventos atuais que envolvem corrupção e lavagem de dinheiro, citando publicações do Ministro Gilmar Mendes, que preconizou a necessidade da mudança de entendimento, para se admitir o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância.

Ressaltou, também, que o referido entendimento preponderou mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo a ausência de efeito suspensivo compatível com a presunção de inocência prevista no Artigo 5º, inciso LVII, daquele diploma. Em relação ao Artigo 283, do Código de Processo Penal, reiterou suas razões proferidas no voto do Habeas Corpus n. 126.292 e asseverou que a regra é que os recursos extraordinários sejam recebidos apenas no efeito devolutivo, podendo, no entanto, atribuir-se efeito suspensivo, consoante o Código de Processo Civil.

As decisões que são impugnáveis por recursos sem efeito suspensivo detêm eficácia imediata e, por conseguinte, é possível que surtam os efeitos da sentença condenatória após o duplo grau de jurisdição, visto que os recursos aos Tribunais Superiores são dotados apenas de efeito devolutivo. Tal compreensão se estende a regra do Artigo 283, do Código de Processo Penal, de modo que não se extrai desse a proibição de outras modalidades de prisão.

O Ministro também não vislumbrou a antinomia alegada entre os Artigos 283 e 637, ambos do Código de Processo Penal, e salientou que se for aplicar o critério cronológico, prevalecerá a regra contida do Código de Processo Civil, nos artigos 995 e 1.029, § 5º, que confere apenas efeito devolutivo aos recursos especiais e extraordinários, porque posteriores ao Artigo 283, esse modificado pela Lei n. 12.403/2011.

Entretanto, frisou que não há antinomia entre os dispositivos legais supracitados, considerando que o Artigo 283, do Código de Processo Penal, não impede outras formas de prisão, pois, caso contrário, as prisões civis e administrativas restariam extintas.

Ademais, o Artigo 283, do Código de Processo Penal estabelece, como regra, a necessidade do trânsito em julgado e, assim, segundo o **Ministro Edson Fachin**, as sentenças de primeiro grau e os acórdãos não unânimes só devem produzir efeitos após o referido marco temporal. A exigência do trânsito em julgado não é incompatível com a “especial regra” que confere aos recursos às instâncias superiores apenas efeito suspensivo, bem como o caráter

excepcional do efeito suspensivo se encontra em conformidade com o Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Repisou, outrossim, que a ausência de efeito suspensivo para esses recursos está em harmonia com o fundamento constitucional da existência dos recursos extraordinários e asseverou, novamente, que caso se interprete a presunção de inocência de modo absoluto, estar-se-ia condicionando a execução da pena a sua aceitação pelo réu.

Assentou, ainda, que o Artigo 283, do Código de Processo Penal não compromete o entendimento estabelecido no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, sendo que os dispositivos que atribuem apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários excepciona a regra contida naquele primeiro, e, assim, é admissível a execução da pena após a condenação pelos Tribunais de Apelação, como também que a irretroatividade está relacionada a aplicação da lei no tempo, e não a interpretação da mesma, mas que essa tese seria admissível quando se trata da configuração do crime, ou seja, a respeito da lei penal material. Entretanto, o Ministro afirmou que não se trata de relação jurídica material, apenas do momento em que se iniciará a execução.

Asseverou que a declaração do estado de coisas inconstitucional da ADPF 347 não pode ser a razão de interpretar as regras penais e processuais penais. Por fim, votou pela constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, com interpretação diversa daquelas suscitadas nas petições iniciais, de modo que é possível iniciar o cumprimento de pena após o julgamento em segunda instância, ressalvados os casos em que expressamente se atribuir efeito suspensivo, bem como indeferiu o pedido cautelar.¹⁰⁹

O Ministro Luís Roberto Barroso procurou estabelecer uma interpretação “conforme a Constituição Federal” do Artigo 283, do Código de Processo Penal, a fim de atender a efetividade e credibilidade no sistema penal.

Assim, ao iniciar seu voto, rememorou seus fundamentos para a mudança de orientação ocorrida no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, destacando, em síntese, que o entendimento de 2009 interpretou de maneira absoluta o princípio da presunção de inocência, serviu como incentivo a interposição de recursos protelatórios, visando obstar o trânsito em julgado, reforçou a seletividade do sistema, porquanto o entendimento aproveitou àqueles que podem custear os “infundáveis” recursos, bem como afetou a credibilidade social em relação ao sistema penal, gerando sensação de impunidade.

¹⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Edson Fachin nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 04/11/2016.

Também, reiterou que a Constituição não condiciona a prisão, mas a certeza quanto a culpabilidade que se encontra vinculada ao trânsito em julgado, sendo necessária para aquela apenas a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente; a presunção de inocência, por ser princípio, está sujeito a ponderação com outros princípios, como o da efetividade da lei penal; bem como, a execução da pena, após o duplo grau de jurisdição, é exigência de “ordem pública”, encontrando, assim, amparo na legislação ordinária, como foi detalhado no item 2.3 deste trabalho.

Acerca do Artigo 283, do Código de Processo Penal, o Ministro asseverou que o dispositivo não espelha a norma constitucional, porquanto a Constituição diferencia os regimes de prisão e culpabilidade, consoante os incisos LXI e LVII, do Artigo 5º, respectivamente. Todavia, reconhece a possibilidade e interpretar que aquele dispositivo pode ser interpretado de modo que a prisão esteja limitada às hipóteses de cautelar (temporária ou preventiva) e após o trânsito em julgado da condenação. Ainda assim, o Ministro defendeu a possibilidade de se extrair a interpretação pela qual é possível a execução provisória da pena, objetivando a efetividade e credibilidade do sistema.

Então, como no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, afirmou que a presunção de inocência, por ser princípio, não possui caráter absoluto e pode ser limitado por outras normas de mesma hierarquia, através da ponderação. Por conseguinte, após a sentença de segundo grau, sobrevivendo a condenação, deve-se reduzir o peso da presunção de inocência e elevar o da efetividade do sistema penal, mesmo porque já há definição quanto a materialidade e autoria, visto que encerrada a análise de provas e fatos, bem como o lapso temporal entre a condenação e o cumprimento da pena compromete a seriedade do direito penal.

Outrossim, impedir a execução da pena após a decisão de segunda instância, para o Ministro, acarreta na proteção deficiente dos bens jurídicos estabelecidos na Constituição.

Ademais, asseverou que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Lei Maior, não o inverso, e, porque o próprio Artigo 283, do Código de Processo Penal possibilita a prisão temporária e preventiva, com fundamentos infraconstitucionais, esse não pode obstaculizar a prisão decorrente de condenação em Tribunal de Apelação, quando se tem a certeza jurídica da autoria e materialidade, com fundamento constitucional. Essa interpretação, segundo o **Ministro Luís Roberto Barroso**, é uma interpretação conforme a Constituição e mantém a presunção de constitucionalidade daquele.

Quanto a alegação de violação de reserva de plenário, afirmou que essa não ocorreu, haja vista que os Tribunais, ao decretarem a execução da pena, realizaram interpretação

conforme a Constituição, bem como o Código de Processo Civil preconiza que os órgãos fracionários não precisarão submeter a arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial, quando esses já se manifestaram acerca da alegação ou o próprio Supremo Tribunal Federal, caso que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292.

Sustentou, ainda, que não há violação de reserva de lei, porquanto a prisão após a condenação em segunda instância não se trata de criação do Supremo Tribunal Federal, mas decorre do Artigo 637, do Código de Processo Penal, que confere apenas efeito devolutivo aos recursos especiais e extraordinários, possibilitando, assim o início do cumprimento de pena, como também afasta a alegação de que há antinomia, porquanto, para o Ministro aquele dispositivo e o Artigo 283, do mesmo diploma, em sua interpretação conforme a Constituição, encontram-se harmônicos.

Outrossim, assentou a possibilidade de interpretar a prisão após o julgamento pelos Tribunais de Apelação como hipótese de prisão preventiva, visto que com o exaurimento das instâncias ordinárias a prisão se torna questão de “ordem pública” e, por esse motivo, descabe motivação judicial específica, bem como a inaplicabilidade das medidas cautelares. Por conseguinte, indeferiu os pedidos cautelares principais das Ações Diretas de Constitucionalidade.

Em relação aos pedidos subsidiários, o Ministro não excepcionou o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292 a análise dos Recursos Especiais, ao argumento de que, mesmo não desempenhando funções idênticas a do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também é considerado instância extraordinária, bem como a manutenção da orientação prestigia as instâncias ordinárias.

No tocante a irretroatividade, para que a aplicação do entendimento ocorra após o julgamento do mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade, ressaltou-se que aquela se aplica ao direito penal material, e, no caso, a nova interpretação se refere a matéria processual penal, como também não se trata de norma penal mista. Por esses motivos, asseverou que é incabível a modulação dos efeitos temporais da nova orientação.

Assim, assentou a possibilidade de execução provisória da pena, com a interpretação conforme do Artigo 283, do Código de Processo Penal, devendo-se excluir interpretação diversa.¹¹⁰

¹¹⁰ **Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (1/2)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 109 min. Disponível em:< https://www.youtube.com/watch?v=O_nTaXHJJIs&t=5550s>. Acesso em: 04/11/2016.

O **Ministro Teori Zavascki**, ao iniciar seu voto, reiterou as razões que acarretaram na orientação do Habeas Corpus n. 126.292 e asseverou que esse não é uma inovação jurisprudencial, mas entendimento que foi aplicável mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, e apenas se alterou em 2009, bem como as súmulas 716 e 717, do Supremo Tribunal Federal consignam a possibilidade de execução provisória.

Destacou as palavras proferidas quando do julgamento dos Embargos de Declaração daquele, no qual afirmou que o referido dispositivo não obsta a prisão decorrente de condenação em segunda instância, porquanto essa possui fundamento de validade no princípio constitucional da presunção de inocência e, assim, a modalidade de prisão deve ser interpretada com base no princípio constitucional.

Ainda, extraiu do julgamento dos aclaratórios que a solução adotada permitiu a harmonia entre do Artigo 283, do Código de Processo Penal, com a atribuição do efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários e reforçou que a interpretação conferida a presunção de inocência não compromete o acesso do réu às instâncias superiores, podendo esse se valer do Habeas Corpus, instrumento utilizado para análise de matérias mais amplas que o Recurso Extraordinário e que comprometam a sua liberdade de locomoção, e que tal remédio constitucional tem ampla admissibilidade nos Tribunais Superiores.

Outrossim, superada a questão da compatibilidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal e o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292, o Ministro também rejeitou os demais pedidos formulados nas Ações Diretas de Constitucionalidade, visto que, em sua compreensão, aquele julgamento não acarretou na aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, apenas atribuiu nova interpretação acerca da dinâmica processual das execuções penais.

No tocante a ADPF 347, assentou que a pretensão seria a extinção das penas privativas de liberdade, que não é objeto dessa Ação, vez que não está se julgando o sistema carcerário, como também destacou que o problema desse não é as execuções provisórias, mas as prisões decretadas sem haver sequer condenação em primeira instância.

Também, não acolheu o pedido de interpretação conforme do Artigo 637, do Código de Processo Penal, considerando que sempre haverá instrumentos para o condenado inibir consequências gravosas decorrentes de equívocos judiciais, de modo que o indivíduo não se encontra desamparado de proteção jurisdicional, visto que, existindo plausibilidade jurídica, poder-se-á conferir efeito suspensivo a execução.

Ademais, o conceito coisa julgada no processo penal não está atrelado ao julgamento de todos os recursos e a preclusão de todas as questões discutidas durante o processo, porquanto o

Ministro entende que não se deve atribuir a esse a compreensão literal de trânsito em julgado estipulado no Código de Processo Civil, como também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em suas palavras, “confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva”, assim o trânsito em julgado pode ocorrer em momento anterior ao julgamento do recurso extraordinário. Também, o fato do último marco interruptivo da prescrição se dar com a publicação do acórdão condenatório reforça a admissão da execução provisória da pena, pois aquela pressupõe omissão voluntária, e, portanto, seria incoerente sustentar a impossibilidade de iniciar o cumprimento da pena após aquele marco.

Por fim, asseverou que não se sustenta a alegação de que a manutenção do entendimento do Habeas Corpus n. 126.292 acarretará na prisão injusta de vários indivíduos, haja vista que, com base em dados apresentados, a culpabilidade raramente é questionada nos recursos extraordinários, bem como as decisões são pouco reformadas. Assim, acompanhou a divergência e negou pedido cautelar.¹¹¹

A **Ministra Rosa Weber**, votou pelo deferimento da cautelar, ao argumento de que o Artigo 283, do Código de Processo Penal espelha o Artigo 5º, incisos LVII e LXI, esse que se encontra entre os direitos e garantias individuais da Constituição Federal. Por essa razão, asseverou que há procedência das ações, ainda que se trate apenas da análise cautelar e acompanhou na íntegra o voto do Ministro Marco Aurélio.

Além disso, salientou que a interpretação está vinculada as possibilidades semânticas das palavras, e, portanto, não se pode distanciar delas diante da clareza do texto constitucional. Então, porque a Constituição Federal atrela a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação, não há como interpretar de modo diverso.

Em razão da irreversibilidade do tempo, a Ministra aponta para a dificuldade de se ultrapassar as barreiras semânticas e adotar soluções que envolvam privação da liberdade sem uma condenação transitada em julgado. Outrossim, a Constituição trouxe expressa vinculação ao trânsito em julgado para o início da execução da pena, consagrando uma garantia. Por fim, acompanhou o relator e deferiu a medida cautelar.

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Teori Zavascki nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>>. Acesso em: 04/11/2016.

Em entendimento diverso, o **Ministro Luiz Fux** asseverou que o problema do direito penal é a inefetividade do processo penal, ao cumprir sua função de aplicar a sanção ao condenado, em suas palavras, “estão mais preocupados com o direito fundamental do acusado do que o direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada a sua ordem penal”, destacando também que nos demais países a execução não fica suspensa aguardando julgamento das Cortes constitucionais.

O Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", porém o inciso LXI do mesmo dispositivo trata especificamente sobre a prisão, e asseverou que, caso fosse condicionar a execução ao trânsito em julgado, a condição deveria estar expressa nesse último.

Ademais, na perspectiva do Ministro, a interpretação anterior viola o princípio da igualdade, visto que favorece os indivíduos que podem se valer das "generosas opções recursais" em detrimento da efetividade e da duração razoável do processo. A orientação do Habeas Corpus n. 126.292 superou a crítica que afirmava que o processo penal era aplicável apenas aos pobres e marginalizados, e está em conformidade com os princípios da igualdade, devido processo legal e duração razoável do processo.

Em relação a afirmação de coisas inconstitucional do sistema carcerário, afirmou que se trata de uma preocupação tardia, visto que a situação existe há anos. Outrossim, assinalou que a pretensão também se traduz num estado de coisas inconstitucional, a medida em que acarreta na ausência de efetividade do sistema penal, com a interposição sucessiva de recursos protelatórios, com fim precípuo de impedir o trânsito em julgado, como também a atribuição de efeito suspensivo aos recursos viola a o direito de proteção das vítimas de crime, porque admite a possibilidade de retardar indefinidamente a aplicação da pena,

Além disso, sustentou que a Constituição Federal estabelece como requisitos a prisão apenas nos casos de flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente e que o Artigo 283, do Código de Processo Penal, não alude ao princípio da presunção de inocência, pois trata das quatro hipóteses de prisão, quais sejam o flagrante delito, a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, por força de sentença penal transitada em julgado ou nos casos de prisão cautelar. Assim, não há, conforme o Ministro, alguma vedação para a prisão decorrente de julgamento em segunda instância.

Frisou, também, a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, motivo pelo qual indeferiu a liminar pretendida nas ações, e consignou que o Supremo Tribunal Federal, em casos de decisões teratológicas, concede a ordem em Habeas Corpus, bem como o

novo Código de Processo Civil permite a concessão de tutela provisória no próprio recurso, desde que presentes os requisitos. Quanto ao pedido de irretroatividade do entendimento, afirmou que a execução não se trata de matéria penal, mas estritamente processual, e, portanto, aplica-se aos feitos pendentes, respeitados os atos passados, imediatamente. Por fim, votou no sentido de indeferir a liminar.¹¹²

O **Ministro Dias Toffoli** proferiu seu voto e acompanhou, em parte, o voto do relator, para acolher o pedido subsidiário de condicionar a execução da pena a análise do Recurso Especial ou do Agravo em Recurso Especial pelo Tribunal de Justiça.

Isso porque, a partir de uma leitura sistêmica, observou que a Lei de Execuções Penais confere tratamento distinto entre presos com sentença transitada em julgado e os provisórios, e, assim, ressaltou a necessidade de se estabelecer esse momento.

Conforme o Ministro, o Artigo 283, do Código de Processo Penal estipula três modalidades de prisão: a temporária, preventiva e a decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado, esse que se traduz na impossibilidade de se modificar os efeitos da decisão, pela preclusão ou pelo exaurimento das vias recursais, desde que não configure abuso do direito de recorrer, caso em que, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, poderá ser certificado o trânsito em julgado.

Ademais, destacou que a presunção de inocência, refletida também no Artigo 283, do referido diploma, confere um dever de tratamento ao acusado, sendo que, em sua exegese, deve perdurar não até o esgotamento das vias ordinárias, mas do trânsito em julgado da condenação, motivo pelo qual o entendimento que inverte essa presunção após o exaurimento das instâncias ordinárias confronta o teor do Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, mesmo os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo.

Outrossim, ressaltou que não subsiste a afirmação de que os Tribunais Superiores não se prestam a analisar as injustiças das decisões dos Tribunais, porquanto essa não se traduz apenas na análise de fatos e provas, mas também da tipicidade, dosimetria da pena e regime inicial para o cumprimento da pena.

Conforme o Ministro, o conceito de trânsito em julgado pode ser interpretado como a certeza da formação da culpa. Considerando que com a Emenda Constitucional 45/2004 a admissibilidade dos Recursos Extraordinários encontra-se vinculada a existência de repercussão geral, transcendendo os interesses individuais, inferiu que, diante da ausência de

¹¹² **Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (2/2)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 234 min. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>>. Acesso em: 05/11/2016.

caráter subjetivo individual, não há motivo para impedir a execução da pena na pendência do julgamento daqueles.

Entretanto, os Recursos Especiais se prestam a análise de interesses individuais, decorrentes da tutela do direito federal e realizam a verificação de questões que envolvem a tipicidade, culpabilidade, antijuridicidade, dentre outras que repercutem na esfera da aplicação da pena. Assim porque "não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação". Por conseguinte, concluiu que a análise última da culpa ocorre no Superior Tribunal de Justiça e que, por esse motivo, a execução da pena é admissível após o julgamento do Recurso Especial ou do Agravo em Recurso Especial.

Tal compreensão não compromete a efetividade da jurisdição, porquanto existem instrumentos que podem ser utilizados monocraticamente para restringir o direito de recorrer, em casos de abuso, tais como a determinação de baixa dos autos para o início da execução da pena e a possibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé em matéria penal. Ressaltou, também, que a determinação de baixa dos autos antecipa o trânsito em julgado e, portanto, tal situação observa o disposto no Artigo 283, do Código de Processo Penal.

Por fim, deferiu em parte o pedido cautelar para determinar a suspensão das execuções provisórias determinadas com base no Habeas Corpus n. 126.292, nos processos pendente de análise de recurso do Superior Tribunal de Justiça, bem como não sejam deflagradas novas prisões, lastreadas no mesmo motivo.¹¹³

O **Ministro Ricardo Lewandowski** acompanhou a integralidade do voto do relator e destacou que o dispositivo constitucional que trata da presunção de inocência traz algumas limitações de ordem semântica, assim, sem o trânsito em julgado da condenação, a presunção de inocência deve prevalecer, diante da taxatividade do dispositivo.

Assim, é insuficiente que haja uma decisão condenatória de segundo grau, pois necessária é a motivação da prisão, revelando sua importância ainda mais quando acarretar na privação da liberdade de indivíduo, o qual milita a seu favor a presunção de inocência.

Ademais, além da presunção de inocência, a Constituição impõe a necessidade de fundamentação das decisões. Esses argumentos, por si, conforme o Ministro, são suficientes

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Dias Toffoli nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 05/11/2016.

para confirmar a constitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal e deferir o pedido cautelar.

Em relação ao pedido subsidiário, apresentou documento emitido pela presidência do Superior Tribunal de Justiça e constatou que de 2009 até junho de 2016, 32,13% dos Habeas Corpus foram deferidos e 17,97% dos Recursos Especiais em matéria criminal provido, motivo pelo qual asseverou que com base nesses dados a decisão de segundo grau não deve prevalecer, diante do número de decisões reformas. Assim como no Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, 9,44% dos Recursos Extraordinários e 9,71% dos Habeas Corpus foram providos, o que indica o grau de desacerto das instâncias ordinárias. Por essa razão, acompanhou o relator também quanto ao pedido subsidiário.¹¹⁴

O **Ministro Gilmar Mendes** afirmou que a presunção de inocência é uma garantia e que essa é definida pelo conjunto normativo. Ressaltou, no entanto, que em vários países de alto grau de civilização não se condiciona o trânsito em julgado e a sentença de segundo grau é executada desde logo. Ainda, considerou a possibilidade de suspender a execução através de liminar em Habeas Corpus.

Reiterou os fundamentos de seu voto no Habeas Corpus n. 126.292, ao sustentar a que há gradação do princípio da presunção de inocência conforme o processo avança, de modo que a lei pode estabelecer tratamento mais gravoso ao acusado a medida da verificação da imputação no curso da ação penal. O sistema traz a progressiva diminuição do princípio da presunção de inocência, por isso é admissível a prisão decorrente de condenação em segundo grau. Ressalvou, todavia, que as situações de abuso poderão ser reparadas através de Habeas Corpus e salientou que esses casos não costumam ser apreciados pelos Tribunais Superiores por Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, recursos esses mais utilizados pelo Ministério Público, enquanto a defesa se utiliza do Habeas Corpus por ser mais célere.

O Ministro citou dispositivos das declarações de direito interacional, inferindo que em todos se estabelece como limite a presunção de inocência a comprovação da culpa, essa que resta definida pelas legislações internas. Ademais, deve-se analisar com base no ordenamento jurídico pátrio, cujo texto constitucional segue a tradição italiana e portuguesa, em que perdura a presunção de inocência até o trânsito em julgado.

Conforme suas palavras, são decorrências da presunção de inocência o ônus da prova pertencer a acusação e o dever de tratamento até o trânsito, entretanto não estabelece que o

¹¹⁴ **Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (2/2)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 234 min. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>>. Acesso em: 05/11/2016.

acusado deve ser tratado de igual maneira durante todo o processo. Por isso, a medida que se demonstra a culpa, a lei pode prever tratamento diferenciado e reforça a possibilidade de que a prisão após o duplo grau de jurisdição não viola aquela garantia constitucional.

Ressaltou, ademais, que existe a sensação de impunidade decorrente das prescrições, em razão da interposição de recursos protelatórios visando impedir o trânsito em julgado, como também abordou a questão da falência do sistema carcerário e superlotação, asseverando que essa situação não deve influenciar na definição da maior duração ou não do processo. Necessária, pois, a discussão que envolve a capacidade de a presunção de inocência justificar, em qualquer hipótese, a exigência do trânsito em julgado, ainda que se tenham juízos favoráveis a formação da culpa, e repisou a possibilidade de se corrigirem eventuais erros através dos remédios constitucionais, com a obtenção de liminar.

Destacou que, além dos aspectos normativos da presunção de inocência, deve-se ater ao fato de que a própria realidade que exige o trânsito em julgado transforma o ordenamento num sistema de impunidade. Por essas razões, o **Ministro Gilmar Mendes** acompanhou a divergência.¹¹⁵

O **Ministro Celso de Mello** afirmou a compatibilidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal com o texto constitucional, e consignou que aquele distingue as prisões penais, de modo que, para tanto, pressupõe-se um juízo de culpabilidade com trânsito em julgado e esse legitima a execução da sentença, ou se amolda as hipóteses de prisão cautelar, que, em razão da reserva constitucional da jurisdição, apenas deve ser decretada por ordem escrita e fundamentada, salvo a prisão em flagrante.

A prisão cautelar, no mais, não possui como pressuposto o juízo de culpabilidade, haja vista que pode ser decretada mesmo antes do início da ação penal, o que, entretanto, não ocorre com a execução da pena, que exige juízo de culpabilidade em sentença com trânsito em julgado. Dessa forma, delimitou o conteúdo normativo do Artigo 283, do Código de Processo Penal e ressaltou que o conteúdo desse dispositivo foi alterado em 2011 para se ajustar ao entendimento do julgamento plenário de 2009.

Em seu voto, o Ministro demonstrou seu inconformismo acerca da limitação das liberdades constitucionais previstas em face do clamor social, como também asseverou que da leitura constitucional, extrai-se que qualquer acusado possui o direito de ser presumido inocente até a superveniência de uma sentença condenatória transitada em julgado.

¹¹⁵ **Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (2/2)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 234 min. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>>. Acesso em: 05/11/2016.

Ainda, destacou a importância do Supremo Tribunal Federal na salvaguarda dos direitos fundamentais, constituindo-se em “guardião da Constituição”, em razão de delegação dessa função pelo constituinte, e esse não pode renunciar suas funções, sob pena de comprometer o sistema em geral, especialmente, a defesa das liberdades públicas.

Outrossim, salientou que a inefetividade do sistema penal não decorre do reconhecimento do princípio da presunção de inocência, porquanto, em suas palavras, “não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário”. Por essa razão não subsiste a ideia de que a resolução desse problema ocorra através da supressão da presunção de inocência, mas na modificação do sistema processual, pelo Poder Legislativo, objetivando lhe conferir maior racionalidade.

Ressaltou, assim como no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, a importância histórica que possui o princípio da presunção de inocência, bem como a rejeição do mesmo guarda relação incompatível com um regime democrático, diante da possível restrição indevida de direitos na esfera jurídica de seus cidadãos, sem fundamento constitucional para tanto.

A consagração desse princípio na Constituição Federal de 1988 acompanhou o processo de ruptura do regime autoritário e permitiu “uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana”, ao estabelecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado, visando obstar, assim, a imposição precoce de medidas restritivas na esfera jurídica dos indivíduos.

Além disso, repisou que a presunção de inocência, além de se constituir em direito àqueles que respondem ação penal, é, também, pressuposto de legitimação da execução penal, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária, bem como a garantia constitucional estabelece limites que não podem ser ultrapassados quando da persecução penal pelo Estado, haja vista que impõe como marco de descaracterização daquela o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por conseguinte, asseverou a impossibilidade da execução provisória da pena, porquanto essa se traduz na antecipação da consideração da culpabilidade, quando a Constituição estabeleceu, com clareza, o momento para desconfiguração da presunção de inocência: o trânsito em julgado da condenação criminal.

Reforçou, também, a existência de dispositivos infraconstitucionais que estabelecem como pressuposto da execução penal o trânsito em julgado da condenação, ao elucidar os Artigos 105 e 147, da Lei de Execuções Penais, bem como o Artigo 50, do Código Penal. E, na jurisprudência da Corte, destacou o entendimento que preconiza a impossibilidade de inclusão

do nome do réu no rol de culpados, sem o trânsito em julgado. Assim, afirmou que o sistema, na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, inadmite a execução provisória da pena, sendo essa “uma aberração jurídica”. Por fim, acompanhou integralmente o voto do relator e deferiu a medida cautelar.¹¹⁶

A **Ministra Cármen Lúcia** também acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Edson Fachin. Em seu voto, asseverou que a Constituição, ao estabelecer que ninguém pode ser considerado culpado, não excluiu a possibilidade do início da execução da pena após o duplo grau, como se assentou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até 2009.

Em sua visão, encerrada a fase de análise probatória e sobrevivendo duas condenações, a prisão não lhe parece arbitrária, visto que a presunção de inocência vai se esvaindo e o sistema pode conferir tratamento diferenciado até o trânsito em julgado.

Destacou, outrossim, a necessidade de se preservar a relação de confiança no sistema, por ser também base das instituições democráticas, considerando que a sociedade almeja uma resposta e que respeite a duração razoável do processo, pois os juízes devem observar a presunção de inocência e as garantias institucionais, a fim de que o sistema preserve a confiabilidade no Judiciário, vez que também há o dever de uma justiça efetiva e eficaz. Então, ao final, indeferiu a cautelar com base nesses fundamentos.¹¹⁷

Assim, infere-se que a medida cautelar foi indeferida, e que nenhum dos ministros entendeu pela inconstitucionalidade do Artigo 283, do Código de Processo Penal, estabelecendo, inclusive, a sua interpretação “conforme”, de modo que restou firmada a possibilidade de execução antecipada da pena e tal situação, para a maioria, não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, estampado no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

3. 4. A presunção de inocência e o reconhecimento de repercussão geral no Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, incluiu-se como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário a existência de repercussão geral acerca da matéria, no Artigo 102, §3º, da Constituição Federal, que dispõe a necessidade de o recorrente demonstrar aquele

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Celso de Mello nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 06/11/2016.

¹¹⁷ **Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (2/2)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 234 min. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>>. Acesso em: 05/11/2016.

requisito, conforme a literalidade normativa: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.¹¹⁸

Assim, consoante Francisco de Assis Rêgo Monteiro Rocha Júnior, o Recurso Extraordinário passou a ter caráter objetivo, ao transcender o interesse do recorrente e possuir relevância econômica, política, social ou jurídica. O Supremo Tribunal Federal, então, ao reconhecer a repercussão geral, requisito de admissibilidade, revela que o conteúdo trata de matéria constitucional e transcende o direito individual.¹¹⁹

Ademais, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabeleceu a possibilidade do reconhecimento da repercussão geral através da utilização do Plenário virtual, no seu Artigo 323, pelo qual a matéria será apreciada por meio eletrônico. Também, vale destacar que para declaração de inexistência de repercussão geral se faz necessário 2/3 (dois terços) dos votos dos Ministros nesse sentido.¹²⁰

Outrossim, recentemente, conforme se extrai do sítio eletrônico, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral acerca da compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência, estampado no Artigo 5º, da Constituição Federal e confirmou a tese do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, no julgamento submetido ao Plenário Virtual do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, em que, por maioria, os Ministros decidiram pela reafirmação da jurisprudência.¹²¹

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal assentou a orientação que admite a execução provisória da pena, e que tal situação não afronta o princípio da presunção de inocência, de modo que, consoante o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, após o exercício do duplo grau de jurisdição, pode-se decretar a prisão do indivíduo, a título de cumprimento da pena, mesmo que ainda esteja discutindo questões no Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, não obstante a possibilidade de suspender a execução, desde que demonstre a plausibilidade jurídica no recurso ou através de Habeas Corpus. Destarte, preponderou a decorrência do princípio da presunção de inocência no tocante a matéria probatória, reduzindo

¹¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10/11/2016.

¹¹⁹ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis Rêgo Monteiro. *Recurso especial e recurso extraordinário criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 250-253.

¹²⁰ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis Rêgo Monteiro. Op. Cit. P. 298.

¹²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4966379&numeroProcesso=964246&classeProcesso=ARE&numeroTema=925>> Acesso em 11/11/2016.

seu alcance no dever de tratamento, porquanto permite a restrição da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é criticável, entretanto da maneira como foi exposta nesse capítulo é que se estabeleceu os limites da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico atualmente.

CONCLUSÃO

Do esboço histórico realizado acerca da presunção de inocência no primeiro capítulo, depreende-se que, apesar de encontrarmos elementos do que se compreendem hoje como *in dubio pro reo* na Roma Antiga, diante da estrutura baseada no direito penal do inimigo e da presunção de culpa, não se pode afirmar que a presunção de inocência surgiu nesse período histórico. Ademais, perpassando pela Idade Média, destaca-se a Inquisição, que assumidamente presumia a culpa do indivíduo, porquanto esse, por ser humano, carregava consigo o pecado original.

Assim, o princípio teve como relevante marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, com sua inscrição normativa, representando os ideais iluministas, como resposta ao histórico anterior vivido na Europa, marcado pela arbitrariedade estatal no exercício do poder de punir, e a busca pela racionalização do sistema penal, visto que, a partir da mudança de paradigma com a Revolução Francesa, o Estado se tornou fruto do contrato social dos indivíduos, para a garantia de uma vida plena, e, então, assumiu a função de proteger a liberdade e integridade de seus cidadãos, cujas vontades lhe deram origem.

O princípio da presunção de inocência, inserto no artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, constituiu-se numa limitação ao arbítrio estatal e conferiu o estado de inocência aos indivíduos até a demonstração de que sua conduta constitui crime. Entretanto, apesar da inscrição legal, à época não se desenvolveu um sistema com institutos compatíveis com aquele, mormente, em razão do contexto social, quando ocorreram as guerras napoleônicas e novamente o processo penal foi utilizado com instrumento do poder estatal. Nesse período, o pensamento iluminista se enfraqueceu por toda Europa.

Destacou-se, outrossim, a influência das Escolas italianas na formação do nosso Código de Processo Penal de 1941, essas que rejeitavam a presunção de inocência e preconizavam um processo penal mais autoritário, fundado na culpa e do inimigo no direito penal, sendo que essas concepções foram inseridas em nosso Código, de modo a acompanhar, também, o contexto político-social da época, quando se instaurou o Estado Novo de Getúlio Vargas.

Em contrapartida, no cenário mundial, ao final da Segunda Guerra, tomou-se rumo diverso, no sentido de humanização e adoção de valores éticos mínimos, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que consagrou, novamente, a presunção de inocência como direito essencial. Ainda, os países buscaram criar sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, entretanto a incorporação desses em nosso país apenas ocorreu

com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista o regime autoritário que se instaurou anteriormente.

A Constituição Federal de 1988 previu, expressamente, no Artigo 5º, inciso LVII, a presunção de inocência, diferentemente das outras que a antecederam. Outrossim, a discussão de que trata se é presunção de não culpabilidade ou de inocência resta superada, visto que, conforme exposto nesse trabalho, ao analisar as propostas na elaboração do texto constitucional pelos constituintes, infere-se que em nenhum momento se afastaram do significado desta última, como também se realizamos uma leitura a partir da sua conformidade com o Estado Democrático de direito e a dignidade da pessoa humana, conclui-se de igual forma.

A presunção de inocência, ainda, por estar prevista no rol de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal é norma de direito fundamental, e, em razão do seu conteúdo axiológico, afirma-se que possui caráter principiológico, porquanto se trata de um valor a ser salvaguardado e comporta limitações sistêmicas, sem que tal situação acarrete na sua invalidade, assim, fala-se em princípio da presunção de inocência.

Além disso, o Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica em 1992, esse que também estabelece a presunção de inocência como um direito fundamental. Portanto, há em nosso ordenamento dois textos a nível constitucional que tratam da presunção de inocência, considerando que um deles, ainda, confere proteção no âmbito internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, visto que o Brasil se submete à sua jurisdição.

A inserção daquele princípio no ordenamento jurídico, revela a opção por um modelo de processo penal, visto que a partir da presunção de inocência decorrem outras regras, atuando, principalmente, como norma probatória, dever de tratamento e refletindo no estado de liberdade dos cidadãos.

Por conseguinte, a presunção de inocência impõe o encargo probatório a acusação, porquanto, presume-se o estado de inocência do indivíduo, cabendo aquela provar de modo suficiente a culpa, por meios lícitos, pois, do contrário, deve aquele ser absolvido. Ainda, outra decorrência é o *in dubio pro reo*, pois, se a acusação não provou suficientemente a culpa, havendo dúvida, deve-se confirmar o estado inicial de inocência do indivíduo, com a absolvição.

Acerca do dever de tratamento, oportuno salientar que a presunção de inocência impede o tratamento do indivíduo como culpado, enquanto perdurar aquele estado, não só dentro do processo, mas na esfera extraprocessual também, protegendo-se o indivíduo acusado da publicidade excessiva, que provoca sua estigmatização, antes do devido processo penal.

Feitas as considerações históricas e conceituais da presunção de inocência, afirmou-se que, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consoante a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal entendia pela compatibilidade da execução provisória da pena com a presunção de inocência e que tal orientação restou modificada apenas em 2009, com o julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, da relatoria do Ministro Eros Grau.

A partir de 2009, o Supremo Tribunal Federal assentou a incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência, porquanto, dentre outros argumentos, aquela confere tratamento ao indivíduo como se culpado fosse, e tal situação não conforma com o texto constitucional, já que esse assegura ao réu que a ele não serão impostas sanções antes do trânsito em julgado da condenação, ressaltando, contudo, a possibilidade de prisão a título cautelar. Ainda, destacou o relator, na ocasião, que a presunção de inocência não se limita ao encargo probatório e repercute, também, na manutenção do estado de liberdade do indivíduo até que sobrevenha decisão definitiva, não sendo aceitáveis as prisões como antecipação de pena.

No segundo capítulo, abordou-se a existência de defensores do recrudescimento e expansão do sistema penal, como também a flexibilização das garantias, em razão da sensação de ineficiência e impunidade do sistema que a sociedade possui, pois, com a globalização e a o surgimento de novos riscos, o Estado passou a se valer da esfera penal como “solução” dessas novas demandas sociais, com a criação de novos tipos penais (abertos e brancos), o aumento das penas e a flexibilização das garantias. Também, destacou-se a obra de Silva Sanchez e as “velocidades do direito penal”, sendo a primeira relacionada ao paradigma clássico de imputação, para o qual devem ser mantidas todas as garantias; a segunda, corresponde aos crimes de perigo abstrato, “administrativizados”, que comportariam flexibilização das garantias e regras de imputação, desde que a sanção não seja pena privativa de liberdade; outrossim, aquele autor trouxe a indagação acerca da possibilidade de uma “terceira velocidade”, que admitiria a flexibilização das garantias, quando a pena é privativa de liberdade, e afirmou que tal situação já ocorre, assim porque se mencionou os projetos de lei que tramitam atualmente no Brasil, que em alguma medida relacionam-se com essa última situação.

Insero nessa tendência de expansão do sistema penal e flexibilização das garantias, em fevereiro deste ano ocorreu o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou compatível a execução provisória da pena com o princípio da presunção da inocência, ao argumento de que, em síntese, o exame de fatos e provas exaure-se nas instâncias ordinárias, bem como os recursos aos Tribunais Superiores possuem apenas

efeito devolutivo e, por esse motivo, é possível até mesmo inverter aquele princípio e determinar o início do cumprimento de pena no acórdão condenatório, ainda que interposto recurso Especial ou Extraordinário. Entretanto, ressaltou-se que os indivíduos não estarão desamparados de tutela, porquanto poderão impetrar Habeas Corpus ou obter liminar através de medida cautelar. Foram dedicados dois itens para analisar os argumentos de cada ministro na ocasião do julgamento, prevalecendo o proferido pelo relator Ministro Teori Zavascki.

O capítulo três se dedicou a analisar a repercussão da decisão supracitada, especialmente, na doutrina, que elaborou críticas acerca dos fundamentos sustentados pelos ministros, a sua conformidade com o texto constitucional, bem como a omissão acerca do Artigo 283, do Código de Processo Penal, que, posteriormente, ocasionou a propositura de duas Ações Diretas de Constitucionalidade. Ainda, tratou-se das liminares que não aplicaram o entendimento do Habeas Corpus n. 126.292/SP e que foram concedidas pelos ministros vencidos naquele julgamento, diante da ausência de eficácia vinculante, demonstrando que a tônica da discussão sobre o princípio da presunção de inocência não se encerrou.

O estudo das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44 e o Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246 mostrou-se relevante para a definição da interpretação atribuída ao princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto realizou a interpretação “conforme” do Artigo 283, do Código de Processo Penal, com o conteúdo do julgamento de fevereiro, bem como se decidiu, através do plenário virtual, a reafirmação da jurisprudência desse.

Assim, estabeleceu-se os limites de alcance da presunção de inocência no processo penal atualmente, de modo que, esgotadas as instâncias ordinárias, poder-se-á determinar o início do cumprimento de pena, ainda que a sentença penal condenatória não tenha alcançado o trânsito em julgado, reduzindo, outrossim, a incidência, do dever de tratamento, porquanto o indivíduo será tratado como condenado, mesmo na pendência de julgamento de recurso que possa reformar a decisão.

Necessária, pois, a reflexão sobre o conteúdo do Habeas Corpus n. 126.292/SP, pois se denota que a presunção de inocência é uma conquista histórica, representativa da luta contra o regime autoritário anterior, e que aquela se conforma com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, sendo sempre relevante a reflexão de seu valor jus político e as consequências que a sua redução ou concretização implicam para a formação de uma sociedade justa.

A decisão proferida em fevereiro deste ano construiu a interpretação da presunção de inocência, principalmente, como regra probatória, ao afirmar a possibilidade de inversão desse princípio nas instâncias superiores, pois essas não reexaminam a matéria fático-probatória, bem como observadas as garantias do acusado e esse considerado inocente durante todo o procedimento nas instâncias ordinárias. Entretanto, não observou o dever de tratamento do acusado e a manutenção do estado de liberdade até que sobrevenha o trânsito em julgado, esse que é o marco estabelecido pela Constituição Federal no Artigo 5º, inciso LVII, e reproduzido no Artigo 283, do Código de Processo Penal.

Conforme a exposição teórica do primeiro capítulo, infere-se que a manutenção do estado de liberdade até o trânsito em julgado e o dever de tratamento são decorrências da presunção de inocência que se relacionam e devem orientar as decisões judiciais, de modo que não deve o Estado impor medidas aos indivíduos que afetem sua liberdade e dignidade, bem como se traduzam em tratamento como culpado, sem que haja certeza da sua responsabilidade penal e impossibilidade de mudança da decisão, a qual se alcança apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, a execução provisória da pena reduz essas dimensões da presunção de inocência, porquanto impor prisão decorrente de decisão que ainda pode ser reformada, podendo ocorrer a absolvição do indivíduo, implica em tratamento como culpado. Nesse sentido caminhou o julgamento do Habeas Corpus n. 84.078 em 2009 e alguns argumentos dos Ministros vencidos nos julgamentos desse ano.

Dos argumentos trazidos pelos Ministros no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 e nas Ações Diretas de Constitucionalidade, observa-se a preocupação com a interposição elevada de recursos protelatórios que almejam a prescrição penal e a sensação de impunidade causada na sociedade principalmente pela demora no início do cumprimento de pena e a busca pela “conciliação” do princípio da presunção de inocência com a efetividade da justiça penal. Entretanto, com o devido respeito, aquela não deveria ser tratada como um obstáculo da última e sua flexibilização ser a “solução” para esse conflito aparente, visto que a presunção de inocência está inserida no rol de Direitos de Garantias Fundamentais, e representa um limite a atuação estatal na persecução penal. E, acerca dos recursos protelatórios e da sensação de impunidade, dever-se-ia buscar a racionalização e melhoria do sistema.

Destarte, do presente trabalho pode-se aduzir a atual interpretação atribuída ao princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal e a importância que essa garantia revela no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. (trad. Virgílio Afonso da Silva).

BARATTA. Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDFT, 2015.

BRASIL. *Anexo ao Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso: 28/08/2016.

_____. *Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 26/08/2016.

_____. *Anteprojeto de Constituição*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>> Acesso: 26/08/2016.

_____. *Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-81.pdf>>. Acesso: 26/08/2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10/11/2016.

_____. *Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> Acesso em: 28/10/2016.

_____. *Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm> Acesso em: 01/09/2016

_____. *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 29/11/2016.

_____. *Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em: 29/10/2016.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 402 de 2015*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=169787&tp=1>>. Acesso em 23/09/2016.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acesso em 17/08/2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Devido Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JELLINEK, Georg. *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Atlas, 2015. (Clássicos do direito). Organização e tradução de Emerson Garcia.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *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>> Acesso em: 27/10/2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dez medidas contra a corrupção*. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>> Acesso em: 23/09/2016.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A Decisão Constitucional Vinculante*. São Paulo: Editora Método, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Pleno - Iniciado julgamento sobre execução da pena antes do trânsito em julgado. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 159 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IHkEmQ50PSM>>. Acesso em: 03/11/2016.

Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (1/2). Brasília: Supremo Tribunal Federal. 109 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=O_nTaXHJJls&t=5550s>. Acesso em: 04/11/2016.

Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (2/2).

Brasília: Supremo Tribunal Federal. 234 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>>. Acesso em: 05/11/2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis Rêgo Monteiro. *Recurso especial e recurso extraordinário criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha.

SANTOS, Juarez Cirino. *Existe algo de errado no papel do STF?*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/01/existe-algo-de-errado-no-papel-do-stf/>> Acesso em: 27/10/2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lenio. *Teori 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 27/10/2016.

_____. *Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>> Acesso em 28/10/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 12/11/2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZANOIDE DE MORAES. Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.