

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS CIDADE DE GOIÁS
CURSO: DIREITO

RICARDO JUBÉ MANOEL

**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STF APÓS O
JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126292/SP (2016-2019)**

GOIÁS/2020



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): RICARDO JUBÉ MANOEL

Título do trabalho: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STF APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126292/SP (2016-2019)

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(a)(s) autor(a)(es)(as) e ao(a) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **RICARDO JUBÉ MANOEL, Discente**, em 11/08/2021, às 20:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Allan Hahnemann Ferreira, Professor do Magistério Superior**, em 13/08/2021, às 19:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2270945** e o código CRC **BA05A950**.

Referência: Processo nº 23070.054469/2020-92

SEI nº 2270945

Criado por [cleberlima](#), versão 2 por [cleberlima](#) em 10/08/2021 19:38:57.

RICARDO JUBÉ MANOEL

**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STF APÓS O
JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126292/SP (2016-2019)**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado a
Unidade Acadêmica de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Federal de Goiás,
para obtenção de nota na Disciplina de
Monografia Jurídica II.

**Prof Orientador Me. Allan Hahnemann
Ferreira**

GOIÁS/2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

JUBÉ MANOEL, RICARDO
VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA [manuscrito] : UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO
DO STF APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126292/SP
(2016-2019) / RICARDO JUBÉ MANOEL. - 2020.
CLXX, 170 f.

Orientador: Prof. ALLAN HAHNEMANN FERREIRA.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências
Sociais Aplicadas, Direito, Cidade de Goiás, 2020.
Anexos.

1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 2. TEXTO CONSTITUCIONAL. 3.
INJUSTIÇAS. I. HAHNEMANN FERREIRA, ALLAN , orient. II. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao(s) 14 de dezembro de 2020 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STF APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126292/SP (2016-2019)", de autoria de RICARDO JUBÉ MANOEL, do curso de do curso de Direito, do(a) Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo Professor Mestre Allan Hahnemann Ferreira, Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas - UAECSA, RCG, UFG, com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Professora Doutora Fernanda Rezek Andery e Professora Doutora Erika Macedo Moreira, ambas da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas - UAECSA, RCG, UFG. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final de 10,0 (dez), tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Allan Hahnemann Ferreira, Professor do Magistério Superior**, em 21/12/2020, às 17:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda Rezek Andery, Professor do Magistério Superior**, em 21/12/2020, às 19:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Érika Macedo Moreira, Professora do Magistério Superior**, em 22/12/2020, às 08:10, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1768874** e o código CRC **9A82AD35**.

“Dedico este trabalho de pesquisa a minha esposa e a todos os meus familiares, que são os grandes responsáveis por me incentivar e sempre estiveram comigo mesmo nos momentos mais difíceis. Agradeço a todos do fundo do meu coração.”

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus.

Agradeço ao meu orientador o professor Me. Allan Hahnemann Ferreira, por aceitar conduzir o meu trabalho de pesquisa.

Agradeço a professora Dra. Fernanda Rezek Andery por todo seu apoio e incentivo para a realização do meu trabalho.

Agradeço a professora Doutora Erika Macedo Moreira, por ter aceitado o convite para participar da banca de defesa do meu trabalho

A todos os meus professores do curso de Direito da Universidade Federal de Goiás pela excelência da qualidade técnica de cada um.

Aos meus familiares que sempre estiveram ao meu lado me apoiando ao longo de toda a minha trajetória.

À minha esposa Cristiane Aparecida Guimarães de Moraes pela compreensão e paciência demonstrada durante o período do projeto.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar a violação do princípio de presunção de inocência por parte do Estado e o retrocesso que isso representa para o nosso ordenamento jurídico. Pretendemos analisar como o STF vem tratando essa questão e as suas mudanças de posicionamento que acabam causando uma insegurança jurídica ao demonstrar uma tendência da Suprema Corte de mudar seus entendimentos atendendo a interesses diversos e não respeitando o texto constitucional. Pretendemos ainda mostrar a importância da manutenção do princípio mencionado como forma de garantirmos direitos e evitarmos que injustiças sejam cometidas durante o curso do processo. Para realizarmos nosso trabalho utilizamos o julgamento do HC 126.292/SP, que permitiu a prisão após condenação em 2ª instância, além de analisarmos outros julgados da Suprema Corte e o que diz o texto constitucional e o Código de Processo Penal. Utilizamos ainda ampla pesquisa bibliográfica como: Aury Lopes Júnior, Pedro Lenza, Guilherme Nucci, e outros. Essa pesquisa tem a finalidade de poder contribuir com aqueles que buscam informações sobre esse assunto que é polêmico, com pessoas que defendem e outras que são veementemente contra, o cumprimento antecipado de sentença condenatória.

Palavras-chave: Presunção de inocência, texto constitucional, injustiças.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the violation of the principle of presumption of innocence by the State and the setback that this represents for our legal system. We intend to analyze how the STF has dealt with this issue and its changes in positioning, which end up causing legal uncertainty by demonstrating a tendency of the Supreme Court to change its understandings in view of different interests and not respecting the constitutional text. We also intend to show the importance of maintaining the aforementioned principle as a way of guaranteeing rights and preventing injustices from being committed during the course of the process. In order to carry out our work, we used the judgment of HC 126.292 / SP, which allowed us to be detained after sentencing in the 2nd instance, in addition to analyzing other Supreme Court judgments and what the constitutional text and the Code of Criminal Procedure says. We also used extensive bibliographic research such as: Aury Lopes Júnior, Pedro Lenza, Guilherme Nucci, and others. This research aims to be able to contribute to those who seek information on this subject that is controversial, with people who defend and others who are vehemently against, the early fulfillment of a condemnatory sentence.

Keyword: Presumption of innocence, constitutional text, injustices.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

PEC – Proposta de Emenda a Constituição

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
01 O JULGAMENTO NO STF DO HABEAS CORPUS 126.292/SP, E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	16
1.1 O julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP.....	16
1.2 Os votos a favor do cumprimento antecipado de sentença condenatória.....	19
1.3 Votos vencidos no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP.....	25
02 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA APLICABILIDADE.....	34
2.1 O princípio de presunção de inocência.....	34
2.2 A mídia e o princípio de presunção de inocência.....	41
2.3 O princípio de presunção de inocência como garantia constitucional	45
2.4 As mudanças de interpretação do STF acerca da presunção de inocência.....	47
03 A IMPORTÂNCIA DE SE OBSERVAR A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FORMA DE EVITAR OS ABUSOS PERPETRADOS PELO ESTADO CONTRA O CIDADÃO.....	52
3.1 O Poder Legislativo e o Princípio de Presunção de inocência.....	52
3.2 A necessidade de se respeitar o Princípio de Presunção de Inocência para evitarmos injustiças.....	54
3.3 A importância de não se permitir o retrocesso nos direitos e garantias fundamentais.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	63
ANEXOS.....	68

INTRODUÇÃO

O princípio da Presunção de Inocência é um dos princípios basilares do direito em nosso país, sendo responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos e evitar que erros, ou mesmo arbitrariedades, sejam cometidas, contra as pessoas por parte do Estado por meio dos seus agentes, sendo previsto pelo art. 5º, LVII da Constituição de 1988, que estabelece: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ao analisarmos o fato de que a Constituição Federal é nossa lei maior, todo o nosso ordenamento jurídico deveria observar esse princípio e garantir que ele seja cumprido e respeitado. Embora saibamos que cabe ao Poder judiciário interpretar a lei, e que muitas vezes o direito positivado deve ser analisado a partir de uma hermenêutica jurídica, interpretar a norma com a finalidade de retirar direitos e um retrocesso para todos.

O princípio da Presunção de Inocência não é uma novidade inventada pelo legislador brasileiro. Ele foi consagrado por diversos diplomas internacionais e positivado em nosso direito com a Constituição de 1988.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabelece em seu artigo XI, que: *“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”*.

Também verificamos a existência da presunção de inocência na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que estabelece em seu artigo 8º, que: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*, mostrando que esse princípio é reconhecido como de suma importância mesmo em âmbito internacional.

A presunção de inocência deveria significar que a pessoa acusada de cometer qualquer tipo de crime previsto em nossa legislação seria considerada inocente até o trânsito em julgado do seu processo, não podendo a mesma ser suprimida de seus direitos ou receber um tratamento de como se ela já tivesse sido condenada por parte do Estado, obedecendo os princípios do Garantismo Penal que estabelece que o Direito Penal deve seguir um comando justo no nascimento do tipo

penal e um processo que garanta os direitos do acusado, como o contraditório e a ampla defesa, o que infelizmente nem sempre acontece.

Não podemos deixar de mencionar ainda que o princípio da presunção de inocência se encontra inserido no rol das chamadas cláusulas pétreas da nossa Constituição Federal, não sendo possível que ele seja suprimido, ou mesmo alterado por outras leis ou mesmo Emendas Constitucionais. Para que essa mudança ocorresse, seria necessária a eleição de uma Assembleia Constituinte que escreveria e promulgaria uma nova constituição.

Entretanto, temos verificado nos últimos anos uma movimentação por parte de Judiciário, inclusive mudando por vezes o seu entendimento sobre essa questão, no sentido de permitir o cumprimento antecipado de sentença penal condenatória após decisão de 2º instância, violando frontalmente o que estabelece a Constituição Federal.

Para elaborar esse trabalho optamos pela expressão “presunção de inocência” ao invés de “estado de inocência” por acreditarmos que qualquer pessoa deve ser considerada presumidamente inocente até que haja confirmação, com a mínima certeza possível, de sua culpa. Essa confirmação de sua culpa deve ocorrer por intermédio de um devido processo legal, em um juízo competente e não ser mais passível de recurso. Segundo Ferrajoli (2006), deve ocorrer a presunção de inocência do acusado até que se prove a sua culpa em sentença penal condenatória transitada em julgado.

Assim, nosso trabalho aborda o princípio da presunção de inocência e do papel do Estado enquanto violador de direitos e de garantias constitucionais. Realizamos um estudo sobre o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP juntamente dialogando com diversos autores para tentarmos demonstrar como a perda desse importante direito (presunção de inocência) tem o potencial de prejudicar uma pessoa que venha a responder um processo criminal e pode se ver obrigada a iniciar o cumprimento de uma sentença que pode vir a ser reformada por instâncias superiores. Afinal, o grande problema a ser considerado é a perda de direitos e a possibilidade de alguém começar a cumprir pena privativa de liberdade mesmo antes de o seu processo transitar em julgado. Podemos aceitar como normal o retrocesso de direitos e a prisão de uma pessoa que ainda deve ser presumida inocente de acordo com a lei?

Para a realização deste trabalho, foi feita uma ampla Revisão Bibliográfica, utilizando-se o método Qualitativo de pesquisa de jurisprudências, a partir dos Habeas Corpus 126.292 e 164.709, além de dialogarmos com diversos autores com Lopes Júnior (2005), Moraes (2004), Lenza (2015) e Nucci (2012), dentre outros, para levantarmos o maior número possível de informações sobre o tema analisado neste trabalho, demonstrando a importância da presunção de inocência e as mudanças de posicionamento do STF acerca dessa questão.

Foi feita uma análise dos votos dos ministros da Suprema Corte no julgamento do HC 126.292, verificando os argumentos de cada ministro ao proferir o seu voto, tentando observar as suas motivações e posicionamentos. Analisamos até que ponto os argumentos utilizados pelos ministros encontram respaldo dentro do nosso ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo iremos discorrer sobre o julgamento do HC 126.292/SP, fazendo uma análise do voto de cada ministro da Suprema Corte, tanto a favor do cumprimento antecipado de sentença condenatória como dos que votaram contra, para que possamos compreender os argumentos utilizados por cada ministro para fundamentar o seu voto.

No segundo capítulo falaremos sobre o princípio da presunção de inocência e a sua aplicabilidade. Falaremos ainda sobre o papel da mídia ao criar o ambiente ideal, mostrando a necessidade de um Estado mais punitivista para se evitar o “caos” em nosso país, inflamando a sociedade com sensacionalismo e notícias corrompidas e com a opinião de leigos que criam uma verdadeira desinformação, e um vilão, para os telespectadores¹. Segundo Ginzburg (1992, p. 169), os registros de jornal, os periódicos e livros servem como fontes, bases para a investigação histórica. Mesmo que esses registros não sejam uma verdade absoluta, ou mesmo uma grande mentira, eles podem servir como pistas ou indícios que podem mostrar

¹ Um caso que entrou para os anais do Judiciário brasileiro se deu em 1994. Vários órgãos da imprensa publicaram reportagens sobre o abuso sexual de crianças pelos donos e funcionários da Escola Base, em São Paulo. Segundo as denúncias, o perueiro da escola levava os alunos para a casa de um casal, onde os abusos seriam filmados. Sem verificar a veracidade das denúncias e com base em laudos preliminares, o delegado Edécio Lemos divulgou as informações à imprensa. A divulgação levou à depredação e saque da escola. Os donos foram presos. Contudo, o inquérito policial foi arquivado por falta de provas, sem qualquer indício de fundamento. Com o arquivamento do inquérito, os acusados dos abusos deram início à batalha jurídica por indenizações. O governo paulista e alguns órgãos de imprensa foram condenados a pagar indenização. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/suspeitos-sao-expostos-em-demasia-na-midia-2wqn273qtm5ej82ahoekz1r9q/> Acessado dia 16 de dezembro de 2020

a direção que a pesquisa deve seguir. O paradigma indiciário de Ginzburg, trata da figura do caçador que busca por todas as pistas possíveis para analisar um evento maior. "Quando as causas não são reprodutíveis, só resta inferi-las a partir dos efeitos" (p. 169) Para ele o paradigma indiciário é um método interpretativo no qual todos os detalhes devem ser analisados, mesmo os que podem parecer menos importantes. Analisamos ainda as mudanças de interpretação do STF sobre o tema para tentar apontar o porquê de tantas idas e vindas.

No terceiro capítulo iremos falar da importância de evitarmos retrocessos nos direitos e garantias conquistados a "duras penas" e das tentativas do Poder Legislativo de alterar o texto constitucional, como no caso da PEC 199/19 criando uma solução que permita a prisão após a condenação em 2ª instância, numa clara tentativa de criminalizar os políticos ligados aos movimentos sociais, com o objetivo de atender aos interesses dos grupos políticos ligados direita e a classe burguesa que dominam nosso país. Também utilizamos o método de pesquisa indiciário de Ginzburg para analisarmos os motivos que levam os membros do Congresso Nacional (deputados e senadores) a tentar aprovar mudanças na lei para permitir a prisão após condenação em 2ª instância.

Esperamos que nosso trabalho possa contribuir como fonte de pesquisa para aqueles que pretendam se aprofundar um pouco mais nessa discussão que parece ainda estar longe de um final. Pretendemos tentar contribuir com um assunto que está sendo discutido no Congresso Nacional e tem o potencial de causar um impacto imediato na vida de milhares de pessoas que poderiam ser obrigadas a iniciar o cumprimento de pena mesmo antes que se esgotem todas as suas possibilidades de defesa.

CAPÍTULO I

O JULGAMENTO NO STF DO HABEAS CORPUS 126.292/SP, E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Neste capítulo iremos falar sobre a decisão do STF a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP que firmou entendimento acerca da possibilidade do cumprimento de sentença condenatória após a condenação em 2ª instância (decisão colegiada) que teve validade no período de fevereiro de 2016 a novembro de 2019. Falaremos sobre os votos dos ministros e sobre como essa decisão vai contra entendimento anterior do próprio STF que considerava o trânsito em julgado de processo condenatório como o marco para o início de cumprimento da pena em caso de condenação.

1.1 - O julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP

No ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal, após um período de oito anos adotando o entendimento de inconstitucionalidade da prisão provisória, passou a adotar o entendimento de possibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Esse posicionamento do STF só foi revisto em novembro de 2019 após muita polêmica. Segundo Priscilla Miwa Kumode (2016), “O Supremo Tribunal Federal retrocedeu e voltou a adotar entendimento antes superado, sob alegada mutação constitucional” (KUMODE, 2016, p. 41).

Ao adotar esse posicionamento o STF criou uma discrepância entre a interpretação e o texto constitucional que diz em seu Art. 5º, LVII “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292, em sessão realizada no dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que existia sim a possibilidade de início da execução da pena condenatória quando a sentença é confirmada em segunda instância, pois no entendimento da Suprema Corte, essa situação não ofendia o princípio constitucional da presunção da inocência, posicionamento esse que vai vigorar até

07 de novembro de 2019. O placar da votação foi de 7 (sete) votos a favor do cumprimento antecipado de sentença condenatória e 4 (quatro) votos contrários. Segundo informação disponíveis no site do STF², acompanharam o voto do relator Ministro Teori Zavascki os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, na época presidente da Suprema Corte, foram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que estipulava o trânsito em julgado se sentença penal condenatória para cumprimento de pena e foram favoráveis pela concessão do habeas corpus.

Deve sempre haver uma harmonia entre o texto legal e a sua interpretação e aplicação. Nas palavras de Marina Soares (2013) a atividade interpretativa não pode ser utilizada como pretexto para alterar o sentido da norma. Para Marina Soares (2013):

[...] o objetivo da atividade interpretativa é extrair as finalidades supremas dos preceitos constitucionais para torná-los efetivos e harmônicos entre si, e não utilizar da interpretação para mudar o sentido da norma, e restringir a liberdade da pessoa que não suscita risco para sociedade. (SOARES 2013, p. 325)

No julgamento do habeas corpus 126.292, foi feita referência ao efeito devolutivo dos recursos especiais e extraordinários, que para a Suprema Corte, por encerrar a análise de prova e fatos, possibilitava a execução provisória da pena, criando assim uma violação ao princípio de presunção de inocência que durou de fevereiro de 2016 a novembro de 2019. Entretanto, segundo Priscilla Miwa Kumode (2016), mesmo após o exaurimento do exame da matéria probatória, não podemos ainda dizer que ocorreu o trânsito em julgado, restando ainda inúmeras possibilidades de discussão de matéria de direito que podem mudar o resultado do julgamento.

Devemos levar em consideração que um juiz pode facilmente cercear o direito de defesa do acusado, como verificamos nos casos da Lava Jato após denúncias feitas pelo site *Intercept Brasil*, que mostrou diversas irregularidades acerca da condução do julgamento de acusados na referida operação.

Por essa razão, e por ainda vigorar no Brasil um modelo de processo penal inquisitório, muitas vezes o réu é condenado sem direito de provar sua inocência

² IN: <http://portal.stf.jus.br/> : Acessado em 04/12/2019

acreditamos que o posicionamento firmado no julgamento do HC 126.292 não foi correto.

Quando o processo chega a segunda instância muitas vezes por falta de tempo, ou interesse mesmo, por parte dos desembargadores a decisão do juiz de primeira instância é confirmada, restando ao advogado do acusado recorrer a instâncias superiores.

Segundo o autor Paulo Flores (2018), o advogado entra com um recurso especial no STJ apontando as nulidades ocorridas durante o processo, como por exemplo, o réu que teve as suas testemunhas de defesa indeferidas pelo juiz, além de outras. O autor aponta ainda que em boa parte dos casos o STJ anula o processo, remetendo o caso de volta para a primeira instância, abrindo assim a possibilidade do réu apresentar sua defesa adequadamente. Paulo Flores (2018) aponta ainda que muitos processos são anulados no STJ por vício, falta de fundamentação da decisão judicial, e outros motivos. Para o autor é preciso verificar a situação do acusado condenado em segunda instância que depois tem o seu processo anulado por algum vício processual e que já ficou um período preso. Para o autor “Não importa se eu gosto ou não do réu, nós não podemos ter uma ética utilitária. É necessário respeitar os preceitos constitucionais e os direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito”³ (FLORES, 2018, s.p).

Então, resta apenas ressaltar a importância do julgamento do HC 126.292 por ter sido esse julgamento o responsável por firmar novo entendimento do STF acerca da possibilidade do cumprimento antecipado de sentença condenatória que vigorou de 2016 a 2019. Devemos mencionar que essa decisão abriu um amplo questionamento tanto entre os defensores quanto entre os críticos desse julgado.

Entretanto, é fato que no texto constitucional não existe nenhuma linha escrita que diz que o acusado poderá ser preso após condenação em segunda instância, mas é bem categórica ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Penal também estabelece que a prisão, salvo alguns casos, só pode ocorrer após o trânsito em julgado. O art. 283 do CPP prevê que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença

³ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72782/a-violacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-ante-a-decisao-do-stf-no-habeas-corpus-126-292>. Acessado em 15 de janeiro de 2020.

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 41).

Por fim, devemos mencionar que atualmente existe novo julgamento no STF com vistas a discutir novamente a prisão em segunda instância. Segundo notícias vinculadas na grande mídia e também por entrevistas concedidas por alguns ministros da Suprema Corte existe a possibilidade de uma mudança de posicionamento da mesma sobre o tema, que apontam para uma possível prisão após condenação em “3ª instância”.

Não podemos deixar ainda de mencionar o fato de que nossa constituição é rígida, ou mesmo, super-rígida, nas palavras de alguns juristas, o que torna ainda mais questionável o fato do STF se valer de uma atribuição que não lhe compete para alterar o texto constitucional. Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes (2009):

...a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF . art. 60 , § 4º-cláusulas pétreas). (MORAES, 2004, p. 41)

Por essa razão, qualquer mudança da CF/88 deve obedecer o devido processo legislativo, sendo que alguns pontos só podem ser alterados por uma nova Assembleia Constituinte devido a rigidez da mesma, mostrando como a Suprema Corte com vistas a atender interesses e opiniões dos membros que a constituem, se equivocou ao desconsiderar uma garantia constitucional como o princípio de presunção de inocência.

Não cabe ao Poder Judiciário, ou mesmo ao Poder Legislativo, suprimir direitos e garantias independente do momento político e econômico pelo qual o país estiver passando, devendo a lei ser obedecida para que não seja criada uma situação de insegurança jurídica que representa apenas atraso e incerteza para o país.

1.2 - Os votos a favor do cumprimento antecipado de sentença condenatória

A decisão do STF no julgamento do HC 126.292 marcou o início de um novo entendimento da Corte acerca do cumprimento antecipado de sentença

condenatória após condenação em segundo grau, que desde 2009, como aponta a autora Rosângela Góes de Campos (2019), no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado do processo, ressaltando, entretanto, a possibilidade de prisão preventiva. Até o ano 2009, o STF entendia que o cumprimento de pena após a condenação em 2ª instância não violava o princípio da presunção de inocência.

A autora Rosângela Góes de Campos (2019), no artigo “A violação do princípio da presunção de inocência ante a decisão do STF no Habeas Corpus 126.292”⁴, aponta que no julgamento do habeas corpus 126.292, o STF usou como pressupostos para fundamentar a sua decisão: a) o efeito devolutivo do recurso extraordinário; b) o direito comparado com outros países democráticos que permitem a execução antecipada da pena; c) o fato de que princípios não são absolutos; d) a mutação constitucional; e) a redução da seletividade dos recursos, estabelecendo assim que o acusado poderia ser preso após a condenação em segunda instância sem que isso ofendesse o princípio de presunção de inocência, posicionamento que durou até o dia 07/11/2019.

Segundo informação contida no site do STF, o habeas corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC ali apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). O caso envolvia um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão. Segundo alegação da defesa do réu a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). No caso em questão observamos que o direito material (aquele contido na norma) não foi respeitado, o que ensejou o HC impetrado pela defesa do acusado uma vez que não foi respeitada a presunção de inocência do acusado e também não se respeitou o entendimento do STF sobre o direito do réu de ser considerado inocente até o trânsito em julgado do processo.

⁴ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72782/a-violacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-ante-a-decisao-do-stf-no-habeas-corpus-126-292/2>. Acessado dia 15 de janeiro de 2020.

Antes de iniciarmos a análise dos votos dos ministros do STF devemos entender o que é trânsito em julgado e o que é prisão. Para Guilherme de Souza Nucci (2014. p. 573), “prisão é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

O autor Carlos Henrique Soares (2010) aponta que, uma sentença transitada em julgado é aquela da qual não existe mais a possibilidade de se apresentar recurso, seja ele ordinário ou extraordinário.

Assim, passamos a analisar os votos dos ministros do STF acerca do HC 126.292. O ministro Teori Zavascki foi o relator do caso. Ele apontou em seu voto que a presunção de inocência deve ser presumida até que a sentença condenatória seja confirmada em segundo grau. Em seu voto o Ministro destacou que:

Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 16)

Para o Ministro Relator após a condenação em 2ª instância não há que se falar em presunção de inocência. No seu entendimento, os recursos cabíveis da decisão de segundo grau que são apresentadas aos órgãos superiores, não tem o objetivo de discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Nas palavras do Ministro Relator “é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 8)

O Ministro Teori Zavascki em seu voto citou ainda a manifestação da ministra Ellen Gracie no HC 85866, quando ela salientou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte” (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 9).

Outro ponto abordado pelo Ministro Relator foi um estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que aponta para o fato que em outros países como Inglaterra, Estados Unidos e Argentina, dentre outros, que também adotam o princípio de presunção de inocência, mas que permitem a execução antecipada da pena. Entretanto, vale ressaltar que ao fazer

essa comparação o Ministro ignorou as diferenças de realidade existentes entre os países mencionados na pesquisa e o Brasil.

Ao negar o Habeas Corpus 126292 o plenário do STF decidiu que possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença na segunda instância não contraria o princípio constitucional da presunção da inocência. Segundo o Ministro Relator Teori Zavascki, “a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena” (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 9).

O Ministro Edson Fachin, ao acompanhar o voto do relator sustentou o que a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988) não deve ser analisada em seu sentido literal “com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu” (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 2).

Para o Ministro Edson Fachin:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 5).

Nas palavras do Ministro Edson Fachin, devido a morosidade da justiça brasileira a grande quantidade de recursos possíveis em nosso ordenamento jurídico acabam favorecendo a “impunidade” por terem a capacidade de protelar por tempo indeterminado o cumprimento de sentença condenatória. Dessa maneira, nas palavras do Ministro Edson Fachin devemos ignorar o texto constitucional para darmos mais celeridade a justiça, englobando assim os pressupostos de que os princípios não são absolutos e a redução da seletividade dos recursos.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso destaca que o princípio de presunção de inocência acaba prejudicando a execução da pena mesmo quando já existe decisão de segundo grau condenando o acusado, surgindo assim a necessidade de uma interpretação mais realista do art. 5º, LVII, da CF. para ele:

[...] tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 9).

Para o Ministro Luís Roberto Barroso esse seria um caso típico mutação constitucional, que é uma alteração do significado do texto, que é adaptado conforme a nova realidade na qual a constituição está inserida. Ele entende que “mesmo que a Suprema Corte tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou” (HC 126.262/SP, p.9). O Ministro fundamenta em seu voto que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro não impedem a execução da pena após a condenação em segunda instância, ainda sem o trânsito em julgado do processo. Verificamos assim a dimensão da mutação constitucional no voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

Entretanto, não podemos deixar de mencionar que, ao fornecer uma nova interpretação para o texto constitucional na chamada “mutação constitucional”, como alegou o Ministro Luís Roberto Barroso, o STF na verdade desconsiderou o que diz a Constituição Federal e, na melhor das hipóteses, usurpou uma atribuição que pertence ao Poder Legislativo que é de criar leis.

O Ministro Luiz Fux também votou a favor da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Para ele:

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. Então, pedindo vênias à divergência e louvando essas três exemplares manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, eu os acompanho integralmente (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 3).

A Ministra Carmem Lúcia foi outra que acompanhou o voto do Ministro Relator Teori Zavascki. Ela argumentou que a interpretação da Constituição deveria ter o

sentido de que ninguém seria considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, o que não significaria o mesmo que ser condenado. Nas palavras da Ministra Carmem Lúcia não existe afronta ou ruptura ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, pois ali se encerra a fase de coleta de provas. Também no voto da Ministra Carmem Lúcia observamos os pressupostos de que os princípios não são absolutos e a redução da seletividade dos recursos

O Ministro Gilmar Mendes, que posteriormente mudou o seu voto, também acompanhou o relator. Segundo o Ministro:

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 6).

O Ministro Gilmar Mendes após a condenação em 2ª instância não são mais analisados os fatos, mas apenas o reexame da causa e da decisão, utilizando o pressuposto do efeito devolutivo de recurso extraordinário para fundamentar o seu voto.

Então, observamos que como bem apontou a autora Rosangela Góes de Campos (2019), os ministros do STF utilizaram como pressupostos para fundamentar a sua decisão: a) o efeito devolutivo do recurso extraordinário; b) o direito comparado com outros países que permitem o cumprimento antecipado da pena; c) o fato de que princípios não são absolutos; d) a mutação constitucional; e) a redução da seletividade dos recursos.

Nas palavras do autor Gustavo Henrique Badaró (2018), o texto constitucional é muito claro, não permitindo essa interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, que além de equivocada, fere o princípio constitucional de presunção de inocência. Para ele, ocorre o trânsito em julgado de sentença penal condenatória quando a sentença ou o acórdão não pode mais ser alterado, fazendo surgir assim a coisa julgada material. Ao entender de maneira diversa do que diz a Constituição Federal, que estabelece que o acusado é presumido inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o STF extrapola as suas atribuições constitucionais. Segundo o próprio Gustavo Henrique Badaró (2018):

Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. (BADARÓ, 2018, 12)

Independente dos argumentos utilizados pelos ministros do STF durante o julgamento do HC 126.292/SP, não podemos esquecer que normas infraconstitucionais devem respeitar a Constituição Federal, que é considerada a Lei Maior.

Para Diego dos Santos Zuza (2016), ao entenderem que no art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual os recursos para os tribunais superiores não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença, cria-se uma situação de inobservância do princípio da presunção de inocência.

Por fim, a Constituição Federal não traz em seu texto legal o efeito do recurso, mas sim o trânsito em julgado. O Autor Diego dos Santos Zuza (2016) comenta que “a Constituição, como maior norma no grau hierárquico na pirâmide de Kelsen, deve prevalecer sobre a legislação infraconstitucional” (ZUZA, 2016, p. 69).

Verificamos a partir da análise dos votos dos ministros favoráveis a execução de sentença condenatória em segunda instância, que os argumentos utilizados para que essa nova interpretação fosse válida foram os mais diversos. Entretanto, mesmo a Suprema Corte deve se sujeitar aos ditames da lei, sendo o STF o guardião da Constituição Federal, deveriam eles defender o texto constitucional ao invés de ignora-lo como feito no julgamento do HC 126.292 que é alvo de análise nesse trabalho.

1.3 - Votos vencidos no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP

A lei brasileira garante a todos um rol taxativo de recursos cabíveis em caso de sentença desfavorável. É um direito da pessoa que recorrer daquilo que ela considera que está errado, ou que não foi devidamente analisado.

A morosidade da Justiça não pode ser invocada com a finalidade de evitar uma suposta impunidade, pois ela acaba suprimindo direitos fundamentais e pode vir a ocasionar graves e irreparáveis injustiças.

Segundo o Advogado Davi Teixeira Azevedo é importante destacar que, além do grande número de processos e da insuficiência de juízes e servidores, existem

ainda os recessos, além 60 dias de férias para os magistrados, ajudando a tornar a justiça ainda mais lenta e morosa, e não será a execução antecipada da pena que vai solucionar esse problema. Para ele:

Mas o que o réu tem a ver com o desaparecimento do Estado, do Judiciário (que gasta 1,3% do orçamento público)? O que o réu tem a ver com o fato de os juízes tirarem dois meses de férias por ano e quando voltam ainda emendam no recesso? A morosidade do Judiciário não é justificativa para desrespeitar a Constituição e permitir prisão em segunda instância. O Estado e o Judiciário precisam se aparelhar, proporcionar meios materiais e humanos para ter uma Justiça rápida, mas o réu não tem nada a ver com isso⁵. (AZEVEDO, 2018).

Em seu voto no julgamento do HC 126.292 a Ministra Rosa Weber preponderou o princípio de presunção de inocência é explícito e claro, não cabendo assim interpretação diversa do que está assentado em nossa constituição. Para a Ministra Rosa Weber (2016):

“Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente -, anoto a circunstância de o vocábulo "antecipada", inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada” (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 2)

O Ministro Celso de Mello (2016) aponta como aspecto negativo da decisão foi o direito comparado com outros países democráticos que executam a pena provisoriamente. Observa-se que nos países que executam a pena provisoriamente, a Constituição destes não menciona a necessidade de aguardar o trânsito em julgado. Ao adotar tal modelo no nosso país, além de ferir a Constituição, ferem-se também os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. O ministro Celso de Mello, no voto proferido no habeas corpus supramencionado, é categórico:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho

⁵ Disponível em:

da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 8).

Outro ponto importante que o Ministro Celso de Melo destacou foi o fato de que a presunção de inocência continua existindo mesmo após a condenação em segunda instância do acusado, restando ainda a possibilidade de recursos que podem vir a reformar a sentença proferida pelos Tribunais de Justiça, mostrando a importância que se respeite o texto constitucional que proclama o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como o momento em que o acusado deve ser de fato considerado culpado. Por fim o ministro conclui seu voto reafirmando 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, LVII), de ser presumido inocente (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 17).

O ministro Ricardo Lewandowski também divergiu da maioria por entender que o texto constitucional é bastante claro e não deixa margem para a interpretação feita pelo STF. Para ele a Constituição Federal é clara ao definir que ninguém pode cumprir pena antes do trânsito em julgado. Em seu voto, Ricardo Lewandowski (2016) entende que o texto constitucional não permite uma interpretação diferente do cumprimento de pena privativa de liberdade apenas após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Para ele:

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 17).

Após o resultado da votação o Ministro Ricardo Lewandowski externou a sua indignação com o resultado do julgamento do HC 126.292, principalmente pelo fato dessa decisão ter sido tomada logo depois que o próprio STF concluiu que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido ao analisar a ADPF ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL). Para o ministro a Suprema

Corte concluiu que o sistema se encontra no estado de coisas inconstitucional, mas ainda assim o STF facilitou a entrada de pessoas neste verdadeiro caos que é o nosso sistema prisional.

Nesse sentido o autor Loïc Wacquant (2004) também pondera sobre a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro. Para ele nosso sistema penitenciário é composto por jaulas que estão entre as piores do mundo, e que essa situação é agravada pela falta de vontade do poder público e de empatia da população em solucionar essa situação de vergonha. Podemos verificar em nossos presídios a superlotação, que se traduz em condições de higiene e dignidade humana extremamente precárias; observamos ainda a falta de espaço, ar, luz e alimentação, higiene além de todo o tipo de violência a que esse preso se encontra submetido.

O artigo 283 do Código de Processo Penal estabelece também 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” (BRASIL, 1941).

Assim, além da Constituição Federal o próprio Código de Processo Penal garante ao acusado o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, salvo os casos de flagrante delito ou decisão fundamentada da autoridade judiciária competente.

O próprio Ministro Ricardo Lewandowski na liminar concedida no Habeas Corpus 164.709/MG, analisando a temática proferiu a seguinte decisão:

Nesse contexto, ressalto que urge ao Plenário desta Suprema Corte o julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ambas da relatoria do Ministro Marco Aurélio, nas quais se discute a constitucionalidade do anteriormente referido art. 283 do Código de Processo Penal. Na assentada de 5/10/2016, o STF, por maioria, indeferiu as liminares requeridas naquelas ações declaratórias, ressaltando a constitucionalidade do art. 283, todavia, admitindo ser “[...] coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”. Mas, anoto que dar interpretação conforme ao art. 283 do CPP, que é cristalino ao dispor 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, é incorrer, uma vez mais, no error in iudicando verificado nos julgamentos do HC 126.286/SP e do ARE 964.246-RG/SP. [...]. Comunique-se com

urgência. Se necessário, expeça-se alvará de soltura clausulado. (STF, HC 164.709/MG, 2016, p. 14)

Verificamos então uma decisão divergente do posicionamento firmado pelo STF com o julgamento do HC 126.292 criando uma situação também bastante problemática, que é a falta consonância nas decisões judiciais, fato que acaba gerando insegurança jurídica além de passar a impressão que a prisão após condenação em segunda instância está condicionada a intemperes dos julgadores ou mesmo a pressões populares, o que destoa totalmente do papel que esperamos do nosso judiciário.

Ao adotar uma interpretação diferente do que foi estabelecido pelo próprio STF o Ministro Ricardo Lewandowski mostrou, acertadamente, como o texto constitucional é cristalino ao estabelecer os casos em que é possível a execução antecipada da pena, que não prevê o caso da condenação em segunda instância.

Entendemos que o posicionamento do STF que permitiu o início do cumprimento da pena condenatória confirmada em segunda instância é, na melhor das hipóteses, equivocada. Os termos da Constituição são bastante claros e transparentes, não cabendo essa “leitura” que a Suprema Corte faz do mesmo. A presunção de inocência ou o estado de não culpabilidade deve vigorar até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa expressão tem significado bem transparente e por essa razão deve ser interpretada da maneira que está na lei. Para o Ministro do STF Marco Aurélio Melo:

A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 78).

Não acreditamos que seja possível vislumbrar uma interpretação diferente do acusado ser considerado culpado apenas após o trânsito em julgado do processo, e por essa razão ter o início do cumprimento da sua pena após se esgotarem todas as possibilidades de recurso assegurados em lei, afinal, ao prender uma pessoa ele inequivocamente passa a ser culpada, inclusive diante dos olhos da sociedade. Devemos sempre buscar que exista harmonia entre o texto da lei e sua devida aplicação. Para Marina Soares (2013), o papel de interpretar a lei, que é exercido pelo Poder judiciário, não pode significar a modificação completa do sentido da norma, principalmente se for para restringir direitos.

Após esse novo entendimento do STF muito se discutiu sobre a interpretação literal do art. 5º, LVII da Constituição Federal, entretanto, a clareza que o texto constitucional traz deveria eliminar qualquer interpretação contrária ao cumprimento de sentença condenatória após o trânsito em julgado do processo.

Independente dos motivos apresentados pelos ministros favoráveis a essa nova interpretação, não podemos deixar de observar essa decisão é totalmente contrária ao princípio constitucional de presunção de inocência e configura um retrocesso para os direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos.

Com essa mudança de interpretação do STF acerca da prisão após condenação em segunda instância, criou-se uma situação em que um acusado poderia preso durante o andamento do processo, quando ainda existiam recursos possíveis que poderiam mudar o resultado final do julgamento, em que ele (acusado) acabará ficando exposto a todas as mazelas do sistema carcerário brasileiro, sujeito a todos os tipos possíveis de degradação humana, para depois se chegar a conclusão que por um erro, ou mesmo vício no processo, ele era inocente, quando o mau irreparável já terá ocorrido.

A teoria do Garantismo Penal, segundo Pedrosa (2017), foi criada por Luigi Ferrajoli, apresenta três sentidos: como um modelo normativo de Direito, que busca garantir os direitos dos cidadãos com a capacidade de punir do Estado; como uma teoria crítica do direito, é uma teoria jurídica, que fundamenta na diferença entre a norma e a realidade, ocasionando uma separação entre o ser e o dever ser, contudo, o juiz não é obrigado a aplicar leis inválidas, mesmo as vigentes; e como uma filosofia política, impondo o dever de justificativa ético-política ao Estado e ao Direito, não aceitando somente a justificativa jurídica⁶.

Quando analisamos da Teoria Garantista, verificamos que o Direito Penal deve preocupar-se com as lesões que sejam realmente relevantes, sendo necessário que se ofenda um bem jurídico protegido, não se preocupando com a moralidade do indivíduo. A lesão deve ser significativa para que o Direito Penal seja utilizado. A insignificância não deve violar o ordenamento jurídico, tratando com irrelevância a conduta praticada somado ao bem jurídico protegido.

Ao não se observar o garantismo, juntamente com a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, podemos ter a situação de vermos pessoas que

⁶ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57888/texto-sobre-o-garantismo-penal-de-luigi-ferrajoli>. Acessado dia 17 de dezembro.

cometeram atos que sequer deveriam ser tutelados pelo Direito Penal sendo presas e ficando sujeitas a todas as mazelas do nosso sistema penitenciário.

Assim, por não acreditarmos que essa mudança de entendimento pela Suprema Corte tenha respeitado o texto constitucional e por acreditarmos que o princípio de presunção de inocência deve ser visto como clausula pétrea da Constituição Brasileira, acreditamos que o STF errou e acabou deixando se levar pelo clamor popular por justiça diante de tantos escândalos de corrupção vivenciados em nosso país nos últimos anos. Para o processualista Aury Lopes Júnior (2008),

O princípio se trata de um dever e, sendo assim, a presunção de inocência impõe uma clara visão de que o réu seja tratado como inocente ao lecionar que: “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 188).

O professor Amilton Bueno de Carvalho entende que princípio de presunção de inocência é um pressuposto, sendo assim, mesmo que o referido princípio não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem, ou até mesmo na nossa atual Constituição, ele deveria ser analisado como uma garantia fundamental, pois o autor entende que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum” (CARVALHO, 2001, p. 51).

Ao analisarmos os votos dos ministros do STF contrários ao cumprimento antecipado de sentença condenatória verificamos que eles foram uníssonos e categóricos ao afirmarem que o texto da Constituição Federal não foi respeitado por seus colegas.

Essa decisão além de ter suprimido direitos ainda afrontou frontalmente o texto constitucional, no período em que esteve em vigor. Entendemos que permitir que uma pessoa seja presa após a condenação em segunda instância acaba criando situações que podem gerar mais injustiças e prejuízos para a nossa sociedade.

Essa mudança de entendimento do STF se deu por pressão popular e pela ampla campanha midiática acerca da “impunidade” diante do aumento da criminalidade, especialmente aquela praticada por agentes públicos.

Entretanto, devemos compreender que o judiciário não pode tomar suas decisões baseadas no que a sociedade ou a grande mídia acredita ser o correto e sim baseada no que determina o nosso ordenamento jurídico.

Não acreditamos que para que se puna alguém que supostamente tenha cometido algum crime seja possível ignorar o que diz a Constituição Federal com o argumento de que se visa acabar com a impunidade que na realidade não existe já que em nosso país se prende cada vez mais, mesmo que o indivíduo preso sequer tenha sido condenado em 1ª instância.

Outra questão importante a ser levantada é o fato de que decisões judiciais também estão sujeitas a falhas ou manipulações como ficou evidenciado após a revelação pelo site “*The Intercept Brasil*” de diálogos entre os procuradores da “Lava Jato” e do então juiz Sérgio Moro, mostrando o quanto é importante que os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados para que ninguém fique refém de uma justiça punitivista que adota todos os meios necessários, mesmo que ilegais, para garantir a condenação dos acusados.

Um Estado Democrático de Direito como o nosso Estado apregoa ser, não é compatível com retrocesso de direitos conquistados sob nenhuma alegação ou desculpa. Entendemos que a decisão do STF no HC 126.292 além de representar um erro jurídico ainda atentou contra direitos e garantias fundamentais asseguradas em nossa Constituição Federal.

Devemos mencionar que no dia 07/11/2019, conforme informação disponível no site do STF, após análise de das ações declaratórias de constitucionalidade números: 43, 44 e 53, que não tinham um paciente específico, e foram apresentadas respectivamente pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelos partidos Patriota e PCdoB, a Suprema Corte analisou, com objetivo acabar com interpretações dúbias do artigo 283 do Código de Processo Penal, que trata especificamente do cumprimento de pena. Nesse julgamento o STF voltou a se posicionar contrário a prisão após condenação em 2ª instância.

Diz o dispositivo: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 1941). Os ministros decidiram que esse artigo do CPP é constitucional e mudaram o entendimento que permitia a prisão após condenação em segunda

instância. Essa nova mudança de posicionamento ocorreu em um momento em que o grupo político no poder em nosso país se encontrava, e se encontra ainda, atolados em denúncias de corrupção e também após as eleições presidenciais de 2018, após a impossibilidade da candidatura do nome apontado nas pesquisas como favorito a vencer as eleições (Lula).

Devemos entender que, segundo Cláudio Bueloni (2014) nenhum direito é absoluto, pois, havendo conflito entre direitos o magistrado pode aplicar a equidade, para fazer justiça no caso concreto. mas, em determinadas situações, principalmente quando se tratam de direitos e garantias fundamentais, o intérprete constitucional deve ter cuidado com mudanças de interpretação no texto legal, para evitar retrocessos e perdas de direitos que são contrários ao que prega o Estado Democrático de Direito.

Assim, se o Estado não consegue dar celeridade no julgamento dos processos que se acumulam nos tribunais brasileiros, não podemos aceitar como normal que a mais alta corte do país atente contra um direito e uma garantia fundamental. Mesmo o STF tendo revisto esse posicionamento, é fato que no período de fevereiro de 2016 a novembro de 2019 essas violações ocorreram, mostrando a necessidade de que esse assunto seja amplamente discutido para evitarmos que o Estado volte a atentar contra os princípios básicos que regem o nosso ordenamento jurídico.

Por fim, outro ponto importante é que essa discussão ainda está longe de seu final. Atualmente o Congresso Nacional discute uma maneira de alterar a Constituição com vistas a permitir o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância ou diminuir o número de recursos possíveis, medidas que ainda serão alvo de muitas críticas e que devem ser amplamente discutidas para evitar-se que direitos e garantias dos cidadãos sejam revogados ou suprimidos contrariando o que estabelece a lei.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA APLICABILIDADE

Neste capítulo iremos falar sobre o princípio de presunção de inocência e como ele é recepcionado em nosso ordenamento jurídico. Falaremos sobre a sua aplicabilidade e sobre como a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância viola esse princípio que é visto pela maior parte dos juristas como inserido nas cláusulas pétreas da nossa constituição.

2.1- O princípio de presunção de inocência

A presunção de inocência pode ser vista como uma das mais importantes garantias constitucionais, sendo por meio dela que o acusado tem a garantia de ser considerado culpado apenas depois de transcorrido todo o processo, e seus recursos, e que seja verificada a sua culpa. Este princípio se encontra na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988). Segundo Alexandre de Moraes (2007), esse princípio é basilar do Estado Democrático Brasileiro.

O autor Renato Brasileiro de Lima (2012) define o princípio de presunção de inocência da seguinte maneira:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (LIMA, 2012, p. 11).

Este princípio deixa claro que cabe a parte que acusa o dever de apresentar as provas necessárias para demonstrar a culpa do acusado, não deixando margem para dúvida, já que, em caso de dúvida o acusado, ao menos na teoria, não pode ser condenado (*in dubio pro reo*).

O autor Renato Brasileiro de Lima (2018) destaca ainda: "Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo

de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo” (LIMA, 2018, p. 13)

Ele não é um princípio novo, ou que tenha surgido no Brasil. Segundo Edilson Mougnot Bonfim (2011) o princípio da presunção de inocência se positivou pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em data de 26 de agosto de 1.789, tendo como inspiração os ideais iluministas.

Posteriormente o artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 1948 também o reafirmou. O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também consagrou esse princípio. Assim, esse princípio teve sua origem nos ideais da Revolução Francesa, sendo reiterado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e também firmado no pacto de San Jose de Costa Rica de 1969.

O Princípio da Presunção de Inocência passou a ter repercussão universal com a Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que estabeleceu em seu art. 11:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa (ONU, 1948).

O Princípio da Presunção de Inocência está previsto em nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal, tendo como objetivo garantir que toda pessoa acusada de cometer um crime só seja considerada culpada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, um direito fundamental que deve ser respeitado para evitarmos injustiças e abusos por parte do Estado. Para Nabuco Filho (2010) a atuação do princípio da presunção de inocência serve como um mecanismo para evitar a atuação de juízes no sentido de suprimir direitos e garantias constitucionais.

Devemos mencionar ainda que o art. 5º da CF/88 é constituído pelas chamadas cláusulas pétreas, que foram estabelecidas na própria Carta Magna pelo legislados originário, com o objetivo de garantir que os direitos ali previstos não pudessem ser suprimidos.

Segundo Silva (2012) “Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (SILVA, 2012, p. 158).

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 60, parágrafo 4º, a remoção da disponibilidade do Legislador Ordinário da possibilidade de propor emenda com a finalidade de:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)
§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.

Por essa razão, devemos analisar a presunção de inocência, que está prevista no art. 5º, LVII, da CF, como uma garantia individual que não está sujeita a ser alterada nem mesmo por meio de emenda constitucional, sendo por essa razão vedada também a sua supressão por parte do STF, como o que ocorreu no julgamento do HC 126.292/SP.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2013), o princípio da presunção de inocência nos remete a Revolução Francesa e na queda do Absolutismo, tendo recebido um tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988, passando a ter valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou de persecução penal, estando presente tanto na fase investigatória, também chamada de fase pré-processual, quanto a fase processual propriamente dita.

Dessa maneira, o investigado/acusado deve ser tratado como inocente até o final do processo, sendo considerado culpado somente após confirmação de sentença penal condenatória da qual não existe mais possibilidade de recurso.

Quando o STF muda o sentido do texto constitucional se cria uma situação que atenta contra a própria democracia, principalmente quando atenta contra cláusulas pétreas.

O art. 1º, III da nossa Constituição Federal, recepcionou a dignidade da pessoa humana como um pilar e fundamento principal da República Federativa do Brasil, não sendo possível assim a sua supressão ou desconsideração por qualquer esfera do poder que seja.

O art. 5º LVII da Carta Magna garante a toda pessoa investigada/acusada de ter cometido qualquer crime que seja o direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não sendo, portanto possível admitirmos como correta uma interpretação da lei que suprima preceitos constitucional basilares estabelecidos pelo constituinte originário.

A Constituição Federal de 1988 assegurou em seu texto a impossibilidade de que alguns trechos do texto legal não pudessem ser alterados nem por emenda a constituição que são as cláusulas pétreas. Esse termo, segundo informações disponíveis no site do CNJ traduziu a vontade da Assembleia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador – parlamentares que compõem as sucessivas legislaturas – a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância. Para alterar conteúdo disposto em cláusulas pétreas, é preciso promulgar uma nova Constituição⁷.

Quando analisamos a teoria da seletividade penal verificamos, segundo Baratta (2011) que: "não basta a prática de uma conduta contrária às normas para ser considerado um criminoso, de modo que a condição de desviante é o resultado do etiquetamento social" (BARATTA, 2011, p 102). Assim, para um determinado grupo social mais abastado é possível cometer algum ato tipificado em lei como crime sem sofrer qualquer tipo de estigmatização. Nas palavras de Zaffaroni (2011):

[...], a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram desse tratamento diferenciado depende sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis iudicatus*. (ZAFFARONI, 2011, p.82)

Ao verificarmos a seletividade penal existente no Brasil observamos que a apenas um pequeno grupo da população se imputa a prática de crimes, embora não sejam eles os únicos a cometê-los. Segundo Baratta (2011):

Se tornando um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (BARATTA, 2011, p. 113).

⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas/> acessado em 20 de fevereiro de 2020.

Segundo Zaffaroni (2011), devemos observar que as estruturas de poder, seja política ou econômica, são formadas por grupos, alguns mais próximos e outros mais distantes do poder, sendo que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as” (ZAFFARONI, 2011, p.76).

Assim, garantir a prevalência do princípio de presunção de inocência é uma forma de evitarmos que as classes excluídas e estigmatizadas da sociedade sejam condenadas, tanto pela justiça quanto pela própria sociedade, antes mesmo que possam apresentar sua defesa.

Conforme informações disponíveis no próprio site do Conselho Nacional de Justiça, os direitos e garantias individuais estão enunciados ao longo do texto constitucional, em especial no artigo 5º, ou seja, o próprio Poder Judiciário considera que a presunção de inocência é uma *clausula pétrea*.

O CNJ assevera, ainda, que também se classificam como tais os direitos sociais, que, de acordo com o artigo 6º da Constituição, são a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, conforme descritos na Carta Magna. Novos direitos e garantias ainda podem ser acrescentados à Constituição⁸.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2014), o referido princípio possui duas dimensões: uma interna e outra externa. Na dimensão interna verificamos que todo o arcabouço probatório seja de responsabilidade do acusador, afinal o ônus da prova cabe a quem acusa, assegurando ainda restrições ao uso/abuso de prisões cautelares. Quanto a dimensão externa, o autor esclarece que o princípio de presunção de inocência também estipula limites à exploração midiática em relação ao fato criminoso para que se evitem abusos e uma condenação precoce do réu (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 220).

Assim, a presunção de inocência pode ser vista na verdade como um estado de inocência, em que, o acusado é inocente durante todo o curso do processo e seu estado só se modificará quando for considerado culpado por meio de sentença e não houver mais a possibilidade de recursos. Segundo Alexandre de Moraes (2017):

⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas/> acessado em 20 de fevereiro de 2020.

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente (MORAES, 2017, p. 91).

Verificamos ainda, que o art. 283 do Código de Processo Penal, juntamente com o art. 107 da lei de Execuções Penais (7.210/84), complementam a ideia da presunção de inocência, prevista no art. 5º da Constituição. Por essa razão, observamos que existe um amplo arcabouço jurídico que garante ao acusado o status de inocente, o que impede que o mesmo seja preso, salvo em caso de prisão cautelar, com a devida presença dos requisitos e fundamentos legais, até o trânsito em julgado do seu processo.

Sobre as prisões cautelares Aury Lopes Júnior (2014) entende que:

[...] a aplicação das prisões cautelares sem que se fira o Princípio em comento, é a observância do requisito *fumus commissi delicti* (probabilidade de existência de um fato aparentemente punível) e do fundamento *periculum libertatis* (perigo que decorre do estado de liberdade do imputado) (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 804-805).

Para Alexandre de Moraes (2007), em regra, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são de eficácia e aplicabilidade imediata como determina a própria carta magna. O referido autor entende que o princípio da presunção de inocência deve ser visto como um dos mais essenciais do Estado Democrático de Direito garantindo assim que o acusado só será considerado culpado após o esgotamento de todas as possibilidades de recurso.

Devemos entender que o direito-dever que o Estado tem de punir aqueles que cometem crimes deve respeitar a liberdade, que é um direito fundamental, além de ser um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, a não ser nos casos estritamente necessários e observando os limites da lei.

Segundo o Advogado criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro “Kakay”, em entrevista a BBC news Brasil:

Não é possível que uma cláusula pétreia da Constituição, que é absolutamente clara, possa ser interpretada livremente por um ministro do Supremo (...). O Supremo pode muito, mas não pode tudo. Nenhum poder pode tudo. A interpretação, neste caso, é literal. Se nós permitirmos que, ao

sabor dos tempos, ao sabor do momento político, cada juiz tenha a sua interpretação, aí sim causará uma profunda insegurança jurídica⁹

Para que seja aplicada qualquer pena condenatória contra alguém acusado de cometer um crime, o Estado deve obedecer o que estabelece a lei, garantido ao acusado o contraditório e a ampla defesa, além de garantir que o mesmo não será considerado culpado enquanto ainda houverem possibilidades de que ele possa apresentar sua defesa.

Para Aury Lopes Júnior (2014), a aplicação do princípio de presunção de deve ocorrer tanto no campo probatório, quanto no tratamento que esse acusado, ainda em estado de inocência, deve receber. Assim, o acusado deve ser presumido inocente, sendo considerado culpado apenas após sentença condenatória transitada em julgado, decorrente de processo judicial.

Outro ponto importante destacado por Aury Lopes Júnior (2012) é que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, uma vez que o devido processo legal, no art. 5º, LIV da CF/88, confere a ele esse direito, podendo permanecer em silêncio quando julgar ser o melhor para ele (art. 5º, LXIII, CF/88), para que o acusado não acabe se transformando em objeto de investigação, quando na verdade é um sujeito processual.

Atualmente, devido ao caráter punitivista do judiciário brasileiro, a presunção de inocência deve funcionar como princípio norteador do processo penal, com vistas a impedir a prática de abusos ou arbitrariedades pelo Estado durante o processo. Ele ajuda a resguardar o direito de liberdade do acusado, uma vez que o direito a liberdade está inserido em nossa Constituição Federal e possui *status* de direito fundamental. Para Aury Lopes Jr (2005):

[...] se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo (LOPES JR., 2005, p. 181).

A presunção da inocência ou da não culpabilidade é uma garantia de que as pessoas terão uma garantia mínima, que é ter o seu direito a liberdade assegurado,

⁹ Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160112_kakay_perfil_rs acessado em 10 de fevereiro de 2020.

evitando assim que alguém seja preso antes que se esgotem todas as suas possibilidades de defesa.

Devemos mencionar ainda que o próprio STF reconhece o caos que é o sistema carcerário brasileiro. Em setembro de 2015, por meio da concessão parcial de liminar em cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347, a suprema corte reconheceu que o sistema carcerário brasileiro é um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”¹⁰ (STF, 2015).

O sistema carcerário brasileiro é um verdadeiro antro em que se violam diariamente os direitos fundamentais dos presos, havendo, portanto há necessidade de interferência estrutural do Judiciário para que sejam liberados recursos para a reforma e a construção de novos presídios.

Por essa razão, permitir que as pessoas sejam enviadas para a cadeia antes que se esgotem todas as possibilidades de recurso pode agravar ainda mais o problema de superlotação nos presídios, além do risco óbvio de se prender uma pessoa inocente.

Dessa forma, como bem analisa o autor Gustavo Henrique Badaró (2018), o entendimento que por um determinado tempo permitiu a prisão de condenados em segunda instância não poderia ser objeto de uma nova interpretação, haja vista que em 2009 o habeas corpus 84.078 já havia reconhecido ser inconstitucional o cumprimento antecipado da pena, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, como nada novo aconteceu após o esse julgamento, os motivos mencionados pela suprema corte como: morosidade da justiça, prescrição punitiva, além de outros, já haviam sido amplamente discutidos anteriormente.

Podemos perceber então que o princípio de presunção de inocência deve ser visto como uma garantia fundamental e um direito consagrado inclusive na Declaração dos Direitos Humanos, devendo ser observada para evitar injustiças, ou mesmo excessos, por parte do Estado, garantindo que ninguém será privado de sua liberdade antes que seja devidamente comprovada a culpa do acusado e que ele seja julgado com isonomia pelo Poder Judiciário.

2.2 - A mídia e o princípio de presunção de inocência

¹⁰ In: <http://portal.stf.jus.br/>. Acessado dia 09 de setembro de 2020.

Atualmente podemos perceber uma proliferação de programas televisivos que exploram ao máximo notícias sensacionalistas que visam “vender” uma imagem em que “bandido bom é bandido morto” e que o “Brasil é o país da impunidade”, o que contribui para que tenhamos uma sociedade que acaba cobrando das autoridades medidas que retiram direitos da própria população.

A mídia é, sem dúvida alguma, de extrema importância por se tratar de um meio de propagação da informação, na qual a sociedade busca se inteirar sobre os acontecimentos diários mais importantes no Brasil e no mundo, além de ser formadora da opinião popular, com potencial inclusive de “criar” heróis e bandidos.

Entretanto, quando o assunto é a criminalidade, em muitos casos surgem alguns problemas na forma como a notícia é difundida pela mídia, pois na maioria das vezes, existe uma distorção do que realmente aconteceu, criando uma comoção e uma sensação de que o Brasil está entregue a “bandidagem”, com a finalidade de manipular a opinião da sociedade visando conquistar uma maior audiência.

Segundo Ferreira (2020), a teoria do *Labeling Approach*, considerada pela Criminologia Crítica como agente de transformação de um novo paradigma nos estudos criminais, que anteriormente analisava a criminalidade a partir do criminoso em si e nos atos por ele praticados, como seu comportamento, desloca a pesquisa central para a reação social, no paradigma também conhecido como paradigma da definição.

Assim, observamos que o processo de criminalização tem por base a própria sociedade e seus mecanismos institucionais de controle, sendo através da rotulação pejorativa, seja como marginal, delinquente ou criminoso, que passam a fazer parte da identidade do indivíduo rotulado, por uma maioria estabelecida, sendo esse indivíduo o principal alvo do Direito Penal.

Embora reconheçamos a importância dos meios de comunicação, não podemos nos esquecer que o intuito da grande mídia é vender notícias. Sabemos ainda que notícias sobre violência e criminalidade são umas das preferidas do telespectador, que acaba sendo manipulado a acreditar que vivemos em um estado constante de perigo devido a criminalidade fora de controle. Para Baratta (1994):

a ‘imagem da criminalidade’ e o ‘alarme social’ encontram-se atrelados às imagens veiculadas do que ao crime concreto, razão pela qual os efeitos dos meios de comunicação e da circulação massificada dessas imagens

acrescentam à percepção real uma espécie de percepção imaginária da criminalidade de rua. Igualmente, refere que a criminalidade é socialmente construída através de processos de comunicação social e de mecanismos seletivos das reações sociais e oficiais, não partindo de situações vividas (BARATTA, 1994, p.14).

Quando a mídia noticia um caso ocorrido, sem se preocupar em apurar de fato o que realmente aconteceu, como no caso do jovem Rafael Braga¹¹, por exemplo, o princípio da presunção de inocência acaba sendo violado, pois, o suposto criminoso acaba sendo previamente condenado e estigmatizado com base em uma notícia que nem sempre tem a preocupação de verificar se o que está sendo falado é realmente verdade. Para Aury Lopes Junior (2012):

(...) a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JUNIOR, 2012, p. 778).

Devemos observar como esse show de horrores, que muitas vezes a mídia causa acerca de um fato, tem de influenciar a opinião pública e a própria decisão do magistrado. Verificamos que em muitos casos os magistrados acabam se valendo de maneira equivocada da garantia da ordem pública, prevista no artigo 312, CPP, com o clamor da sociedade e acabam decretando a prisão preventiva do acusado antes mesmo que se possa verificar se realmente existem ali indícios de materialidade e autoria.

Quando falamos do Tribunal do Júri a situação é ainda mais grave. Os jurados, em regra leigos acerca do nosso ordenamento jurídico, acabam sendo mais inclinados a proferirem suas decisões com base em notícias vinculadas nos meios de imprensa, existindo assim uma grande possibilidade de contaminação do jurado pela pressão social gerada pelas notícias vinculadas meios de comunicação.

¹¹ Rafael Braga foi pego com apenas 0,6g de maconha em 2016, Rafael foi condenado por tráfico de drogas e associação ao tráfico, embora ele tenha dito ao 22º DP da Penha que aquele material não era dele. Em 2013, Rafael foi preso injustamente por portar desinfetante e foi solto apenas dois anos depois.

Os grandes jornais não falaram muito sobre o caso. Inclusive, os poucos que noticiaram, não disseram o seu nome e mantiveram Rafael Braga invisibilizado. Disponível no site: <https://midianinja.org/viniciusliam/rafael-braga-a-situacao-de-rua-e-a-midia/>. Acessado dia 16/12/2020.

Prevendo essa possibilidade o legislador criou inclusive o instituto do desaforamento, que é quando um processo é transferido de um foro para outro. Nas palavras do professor Anderson Schreiber (2013):

Na sociedade de informação, em que se desenvolvem mecanismos cada vez mais velozes de difusão de notícias, a atividade da imprensa demonstra a sua capacidade de potencializar danos. Não apenas a falsa notícia ou o dano sensível podem causar danos uma vez publicizados; também a opinião desfavorável ou negativa a respeito de certa pessoa, em princípio inofensiva (ou pouco ofensiva) quando mantida na esfera das relações pessoais de seu emissor, pode ocasionar lesões de grande escala à dignidade da pessoa a que se refere quando difundida por veículos de informação (SCHREIBER, 2013, p. 305).

O Princípio da Presunção de Inocência estabelece o dever constitucional de que todos os acusados de cometer algum crime tenham uma sentença imparcial e justa, com o objetivo de se evitar que uma pessoa inocente possa ser condenada apenas com base em suposições e ilações.

Levando em consideração o que é mais rentável, muitos jornalistas esquecem ou ignoram o princípio da presunção da inocência, dramatizando a dor humana com o objetivo de catalisar as emoções e a ira da sociedade. Com a rápida solidariedade popular, muitas pessoas passam a exigir mais leis, mais punição e mais castigos, exigindo que os acusados sejam presos mesmo antes de haver fundadas provas para sua condenação (GOMES, 2008).

Quando observamos as decisões do Tribunal do Júri essa questão se torna ainda mais preocupante, afinal, o júri é composto por pessoas leigas, sem conhecimento jurídico e que acabam decidindo com base em suas convicções, preconceitos e opiniões, ficando assim muito mais suscetíveis a decidir de acordo com o que foi noticiado em um determinado jornal, não se preocupando em analisar se o que foi noticiado é realmente verdade ou não, o que pode resultar em uma condenação em que a única prova existente é uma notícia vinculada pela mídia.

Nesse sentido, já existem decisões que visam evitar decisões do Tribunal do Júri em que o risco de serem influenciadas pela interferência da mídia eram grandes, como a que atendeu o pedido do Juiz da 4ª Vara Criminal de Palmeira dos Índios que solicitou que o Tribunal do Júri do caso fosse deslocado para outra comarca, pois existia uma grande possibilidade dos jurados votarem influenciados pela destaque dado pela mídia no caso que eles analisariam:

ACÓRDÃO Nº 5.0200/2012 PROCESSO PENAL. INCIDENTE DE DESAFORAMENTO. POSSIBILIDADE DE INFLUÊNCIA DO CORPO DE JURADOS. CONOTAÇÃO POLÍTICA. ENVOLVIMENTO DEMASIADO DA MÍDIA. MAJORADA VALORAÇÃO DA OPINIÃO DO MAGISTRADO. PEDIDO DEFERIDO. (TJ-AL - Desaforamento de Julgamento: 00030603320128020000 AL 0003060-33.2012.8.02.0000, Relator: Des. Edivaldo Bandeira Rios, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/10/2012)

Devemos ter em mente que não existe imparcialidade em relação a divulgação de notícias acerca do cometimento de um crime. Eles acabam promovendo um julgamento antecipado com o único intuito de vender jornais e atrair espectadores, podendo assim interferir no julgamento de um acusado, mesmo que não existam elementos suficientes para sustentar a culpa do mesmo.

Para Marcela dos Santos Conceição (2012), muitas vezes o juiz atende ao clamor social, influenciado pela mídia, visando manter a credibilidade do judiciário. Naqueles casos que recebem uma maior atenção por parte da nossa grande mídia, é comum que o acusado fique preso durante todo o curso do processo, mesmo que ainda não existam provas de que ele seja culpado.

O julgador acaba levando em consideração a opinião formada pela imprensa e decide, não com base em provas, mas sim pelo que foi noticiado, sobre a vida de uma pessoa que já foi execrada e considerada culpada antes mesmo que a fase inicial do processo, ou mesmo do inquérito, tenha sido concluída.

Por essa razão, podemos concluir que o Princípio da Presunção de Inocência deve prevalecer sempre para evitarmos que situações absurdas e em flagrante violação ao texto constitucional ocorram. Não podemos permitir que uma pessoa seja considerada culpada e tenha a sua vida destruída com base apenas em suposições e ilações. Não é racional imputar culpa a alguém antes mesmo que essa pessoa tenha a oportunidade de se defender dentro do processo, pois, segundo a nossa Constituição Federal, todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

2.3 - O princípio de presunção de inocência como garantia constitucional

A nossa Constituição Federal elenca o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional estabelece que:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(EC nº 45/2004)
LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988)

Para Alexandre de Moraes (2007), em regra, os direitos constitucionais que são definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. Para ele a própria Constituição Federal determina esse fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Embora as instâncias superiores não façam o exame de provas, devemos ter em mente que inciso LVII, do art. 5º da CF., em momento algum fez referência ao trânsito em julgado da matéria fática ou material, estabelecendo a condenação após o trânsito em julgado e pronto, esvaziando assim as alegações que após a segunda instância não se analisa provas mas apenas o direito e não permitindo uma interpretação diversa de condenação somente quando se esgotam todas as possibilidades de recurso. Segundo José Carlos Barbosa Moreira (1971);

Por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. (MOREIRA, 1971, p. 145).

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2007) o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. Ele deve ser respeitado com vistas a impedir que o Estado venha a cometer injustiças, que, na maioria dos casos são irreversíveis, pois afetam a vida do condenado, inclusive prejudicando a sua relação com a sociedade da qual ele faz parte.

Outro ponto importante é que por se tratar de um texto claro e bem redigido não é possível que se faça uma interpretação diversa de que a condenação só pode ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mesmo sob a alegação de mutação constitucional ou aplicação da hermenêutica.

Mesmo que a chamada mutação constitucional pudesse ser considerada como o fundamento para a mudança de interpretação do texto constitucional, é

preciso que ocorra algum fato novo e importante que a justifique. Segundo o autor Pedro Lenza:

mutação constitucional é uma interpretação diferente do que consta previsto em lei. Altera o sentido da norma sem mudar o texto legal. Só poderá acontecer ante a ocorrência de um fato novo, que não foi previsto anteriormente. (LENZA, 2015, p. 168).

A argumentação de que a prisão somente após o trânsito em julgado gera impunidade não pode ser usada como pretexto para se violar o que estabelece a nossa constituição. É dever do Estado respeitar a lei e garantir que ela seja cumprida, não cabendo ao Poder Judiciário o papel legislativo, principalmente quando o faz em desacordo com o que diz a lei.

Quando alguns membros do Poder Judiciário alegam que o princípio de presunção de inocência gera impunidade, eles estão de fato reconhecendo a sua ineficiência em julgar dentro de um prazo razoável um processo, que muitas vezes se arrasta por anos sem uma solução. Garantir que a lei seja cumprida é papel e obrigação do judiciário, não sendo possível se encontrar brechas para atender um clamor popular insuflado pela grande mídia com o intuito de vender jornal.

Nesse sentido, o argumento de que o Poder Judiciário tem a obrigação de dar uma satisfação à sociedade destoaria do que realmente é o que se espera do mesmo, que é o respeito às leis.

2.4 - As mudanças de interpretação do STF acerca da presunção de inocência

Temos observado nos últimos anos as constantes mudanças no STF acerca da prisão a partir da condenação em segunda instância, fato que se relaciona diretamente com a própria interpretação do princípio de presunção de inocência.

Para os que são contra a prisão em segunda instância o argumento principal é que ela fere frontalmente um direito constitucional, para os que são a favor os recursos apresentados a instâncias superiores (STJ e STF) tem o objetivo apenas de protelar o início do cumprimento da pena. Entretanto, devemos observar que o princípio da presunção de inocência se encontra consagrado em nossa Constituição Federal. Segundo o Ministro Marco Aurélio Mello:

A consagração da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (STF, HC126.292/SP, 2016, p. 72)

O fato é que o STF tem mudado de opinião ao longo dos últimos anos acerca desse tema, o que causa insegurança jurídica e gera alguns questionamentos. Será que sempre que mudarem os ministros do STF ocorrerá um novo julgamento sobre o tema em questão?

Segundo dados obtidos no site do STF, em 2009, a Suprema Corte determinou que o réu só podia ser preso após o trânsito após esgotados todos os recursos possíveis.

Já em fevereiro de 2016, o Supremo decidiu que um réu condenado em segunda instância já poderia iniciar o cumprimento de sua pena. Naquele mesmo ano o STF reafirmou a decisão, que passou a ter validade para todos os casos no Brasil.

No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar essa matéria e voltou ao entendimento de que o cumprimento da pena só deve ser iniciado após o trânsito em julgado do processo.

Segundo Rodrigo de Oliveira Kaufmann (2016) mudanças repentinas do entendimento da Suprema Corte causam surpresa e tem o poder de gerar insegurança, além de criar a sensação de que o Tribunal está sempre disposto a inverter as suas premissas, especialmente quando analisa caso de repercussão.

Observamos ao longo dos últimos anos, momentos em que a Suprema Corte mudou de posicionamento acerca da prisão em segunda instância, ora permitindo ora não permitindo, o que além de causar insegurança jurídica ainda deixa a impressão que os Ministros do supremo mudam de opinião para atender o momento político pelo qual o país atravessa, mesmo que essas mudanças não representem o que diz a nossa Constituição, ou mesmo que cada vez que o STF tiver uma nova configuração de ministros existirá um novo entendimento, assim, sempre que houver alteração dos integrantes da corte existirá uma nova jurisprudência, como observou a Ministra Rosa Weber.

É evidente que devido as próprias mudanças pela qual a nossa sociedade passa em alguns momentos é preciso que o STF faça adequações que permitam que a aplicação da lei esteja em sintonia com as necessidades pelas quais a sociedade moderna e globalizada em que vivemos sejam atendidas.

Entretanto, essas constantes mudanças de interpretação por parte do STF ajudam a criar um ambiente de desconfiança em relação ao nosso judiciário que não é bom nem para a nossa sociedade nem para a própria atuação do Poder Judiciário. Para o advogado Eduardo Mendonça (2016):

O papel dos tribunais superiores é o de decidir as questões jurídicas controversas e estabilizar a jurisprudência. A segurança jurídica é requisito para que as pessoas saibam qual o direito aplicável e possam se comportar de acordo com ele. Além disso, a oscilação constante estimula o desprestígio dos precedentes junto aos juízos inferiores, que se sentem mais confortáveis em não observar a jurisprudência atual, apostando na perspectiva de mudança. E o mesmo com as partes e advogados, que têm forte estímulo para nunca se conformarem com decisões desfavoráveis, ainda que apoiadas na jurisprudência atual¹² (MENDONÇA, 2016)

Fica assim o sentimento que a mudança de interpretação que permitiu a prisão em segunda instância de 2016 à 2019 se deu com o intuito de manter um determinado indivíduo (ex-presidente Lula) preso durante o processo eleitoral, e que após a passagem das eleições o STF voltou atrás e reviu seu posicionamento.

No caso do ex-presidente Lula, condenado em 1ª e 2ª instância em tempo recorde, com a mudança de posicionamento do STF, essa mudança acabou impedindo que ele pudesse disputar as eleições para presidente no ano de 2018, fato que pode ter alterado completamente o resultado daquele pleito uma vez que o ex-presidente Lula liderava todas as pesquisas. Devemos lembrar que o país havia passado a pouco tempo por uma mobilização política dos partidos ligados a direita mais conservadora de nosso país (DEM, PSDB e outros) para derrubar o governo legítimo da presidente Dilma Rousseff do PT. Por essa razão, não seria razoável para esses mesmos grupos que usurparam a presidência da república permitirem a volta do PT ao mais alto cargo de nosso país.

Outro ponto importante de se mencionar é que os argumentos utilizados para condenar o ex-presidente Lula são bastante frágeis, baseados principalmente em delações premiadas e manipulações orquestradas pelo ex-juiz Sérgio Moro

¹² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/stf-gera-inseguranca-mudancas-hc-ato-ministro>. Acessado dia 04 de julho de 2020.

juntamente do o MP, conforme demonstrado pelos diálogos divulgados pelo dite *The Intercept Bras*¹³.

O princípio de presunção de inocência deve prevalecer por se tratar de uma garantia constitucional, independente do momento político pelo qual o nosso país estiver passando. Não podemos aceitar como normal a perda de direitos arduamente conquistados ao longo da história.

Verificamos ainda um movimento dentro do Congresso Nacional que tem o objetivo de permitir o cumprimento de sentença condenatória após a decisão do Tribunal de Segunda Instância, também com o objetivo ainda obscuro.

Ocorre que o Legislativo também busca burlar a lei para permitir que essa mudança seja possível, o que também fere frontalmente o que diz o nosso ordenamento jurídico. Segundo Aury Lopes Júnior (2011), embora existam suspeitas da prática de um crime por uma pessoa, no curso do processo deve ela deve ser tratada como inocente.

Outra questão é que já existe em nosso ordenamento jurídico as situações que permitem que uma pessoa seja presa mesmo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não existindo portanto a necessidade de se atentar contra o princípio de presunção de inocência.

Segundo o professor Nestor Távora “a regra é a liberdade e o encarceramento antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção” (TÁVORA, 2015, p. 51).

Quando o STF abandona a literalidade do texto constitucional, mesmo alegando mutação constitucional, e principalmente quando viola direitos e garantias fundamentais, ele cria um precedente perigoso, pois, afinal, a atribuição de legislar pertence ao Poder legislativo e não ao judiciário.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio (2016), o STF deve observar o princípio da autocontenção. Segundo ele, quando a Suprema Corte não respeita os seus limites ele cria uma situação de instabilidade e desarmonia entre os poderes que pode ser negativa para o próprio Poder Judiciário.

¹³ Deltan Dallagnol apresentou a denúncia contra Lula no dia 14 de setembro de 2016. Dois dias depois, como revelou "The Intercept Brasil", ele trocou mensagens com Sérgio Moro. Os principais trechos das conversas entre Moro e Dallagnol estão disponíveis no site: <https://reinaldoazevedo.blogosfera.uol.com.br/2019/06/30/entenda-reportagem-e-dialogos-que-mostram-que-lula-foi-condenado-sem-provas/>. Acessado dia 17 de dezembro de 2020.

Dessa maneira, independente das alegações feitas pelos ministros do STF favoráveis a prisão em segunda instância, não vislumbramos ser possível tal interpretação por representar uma afronta ao texto constitucional e um retrocesso de direitos fundamentais previstos em lei.

Observamos que mesmo após a mudança de posicionamento da Suprema Corte, quando foi revisto a partir da análise das ações declaratórias de constitucionalidade números: 43, 44 e 53, 07/11/2019, que não tinham um paciente específico, e foram apresentadas respectivamente pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelos partidos Patriota e PCdoB, essa discussão ainda deve se fazer presente por um longo período.

Devemos entender por fim, que mesmo o Supremo Tribunal Federal não possuía, e ainda não possui, competência para alterar o texto constitucional conforme foi feito no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP. Segundo José Afonso da Silva (2016), Não se pode negar a um cidadão seu direito que está resguardado na Constituição Federal de ser considerado culpado apenas com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

CAPÍTULO III

A IMPORTÂNCIA DE SE OBSERVAR A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FORMA DE EVITAR OS ABUSOS PERPETRADOS PELO ESTADO CONTRA O CIDADÃO

Neste capítulo faremos uma análise da importância do princípio de presunção de inocência como forma de fortalecer da democracia e de se evitar que os direitos fundamentais do cidadão sejam violados por um Estado que muitas vezes é opressor. Iremos abordar a necessidade de que os direitos e garantias previstos na Constituição Federal sejam respeitados para evitarmos retrocessos de direitos.

3.1 - O Poder Legislativo e o Princípio de Presunção de inocência

Atualmente observamos uma movimentação dentro do Congresso Nacional com o intuito de se alterar a Constituição, ou criar-se um meio alternativo que permita a prisão após condenação em segunda instância.

A principal razão seria por se tratar de uma forma de se combater a impunidade, que na realidade não existe, e evitar que um condenado fique anos se valendo de recursos para evitar a sua prisão o que poderia levar a prescrição do seu crime. Entretanto, o princípio de presunção de inocência é considerado uma cláusula pétrea da Constituição Federal, não podendo ser suprimido pela simples vontade do legislador.

Nesse sentido, segundo afirma Nogueira (2005):

Trata-se de garantias ao próprio Estado Democrático de Direito, vez que pretendem assegurar a identidade ideológica da Constituição, evitando a violação à sua integridade e a desnaturação de seus preceitos fundamentais. Protegem, em verdade, seu núcleo intangível. Países onde os confrontos entre maiorias e minorias são muito intensos ou com fortes tradições autoritárias, como é o caso do Brasil, a rigidez constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir a regra democrática (NOGUEIRA, 2005, p. 73).

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2000), cláusulas pétreas:

São aquelas que possuem uma supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso do mencionado §4º do art. 60. Total, pois contêm uma força

paralisante e absoluta de toda a legislação que vier a contrariá-las, quer implícita, quer explicitamente¹⁴ (BULOS, 2000).

Entretanto, devemos observar que ao tentar criar brechas que permitam a prisão em segunda instância, mesmo que reduzindo a quantidade de recursos possíveis, o próprio Congresso Nacional acaba se tornando agente violador de direitos, que acaba atentando contra o seu papel primordial que é de legislar em favor do Estado e das pessoas, não sendo acertado assim violar o texto constitucional criando mecanismos que facilitem que se possa cercear uma pessoa de seu direito a liberdade até que ocorra o trânsito de julgado do seu processo.

A Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida para a maioria dos juristas brasileiros. José Afonso da Silva (2014) define essa característica da seguinte forma:

“Rígida é a Constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares”. Assim a Constituição por si só já traz consigo um processo de alteração mais rígido e complexo, ainda que esse mecanismo não consiga proteger matérias que para o constituinte originário são imutáveis (SILVA, 2014, p. 934).

Segundo o advogado Daniel Gerber, mestre em Direito Penal e Processual Penal, o Congresso Nacional, mesmo que por meio de uma PEC não tem poder para suprimir, ao menos da forma como eles pretendem, a presunção de inocência. Para ele:

uma PEC é algo absolutamente equivocado na medida em que emenda constitucional não pode alterar cláusula pétrea. Se fôssemos mexer no conceito da presunção de inocência teríamos que alterá-lo por meio de uma nova Constituinte. Também não podemos mexer no artigo 283 do Código de Processo Penal, que vincula a prisão ao trânsito em julgado da sentença condenatória, já que este artigo acabou de ser declarado constitucional pelo STF. A saída adequada, portanto, é uma lei ordinária, que antecipe o trânsito em julgado de uma causa para a segunda instância. Ou seja, na segunda instância o processo estará terminado. Nessa ótica, os recursos constitucionais passarão a ser ações autônomas de impugnação. A pessoa poderá recorrer aos tribunais superiores, mas por meio de ações autônomas de impugnação¹⁵

¹⁴ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65755/a-possibilidade-de-alteracao-das-clausulas-petreas#:~:text=No%20dizer%20de%20Uadi%20Lamm%C3%AAgo,%2C%20quer%20impl%C3%AD cita%2C%20quer%20explicitamente>. Acessado dia 14 de junho de 2020.

¹⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-13/presuncao-inocencia-constituicao-assembleia-muda-la>. Acessado em 16 de junho de 2020.

O próprio advogado Daniel Greber destaca que caso o Congresso Nacional realmente decida que um acusado pode iniciar o cumprimento da sentença após condenação em segunda instância, eles devem buscar uma alternativa que não afronte a Constituição Federal e que não represente retrocesso a garantias conquistadas a partir de muita luta pelas pessoas com vistas a impedir as arbitrariedades promovidas pelo Estado.

No entender do advogado uma alternativa seria a antecipação do trânsito julgado, que só teria validade se fosse parte de um projeto maior de despenalização e descriminalização de inúmeras condutas do Código Penal.

A verdade é que no Brasil, se pune muito com pena de prisão delitos que jamais deveriam levar alguém ao cárcere. Dentro de uma política despenalizadora, então, ficaria de bom tom adiantarmos o trânsito em julgado para a segunda instância, mas apenas dentro desse contexto.¹⁶

Por isso, devemos observar que o legislador originário optou por transformar a presunção de inocência em uma garantia prevista nas chamadas cláusulas pétreas, o que impede que devido ao momento político e a composição política do Congresso Nacional, direitos sejam retirados sem que haja um fato ou necessidade muito contundente para que isso ocorra.

Assim, qualquer movimentação do Legislativo no sentido de mudar a Constituição Federal para suprimir direitos deve ser rechaçada e vista ao menos com desconfiança, pois, sabemos que atualmente os parlamentares eleitos fazem parte de grupos políticos ligados a ideologias que nada tem haver com a luta pela melhoria de nosso país, mas sim por uma visão punitivista, contra determinados grupos, que não se alinham com a sua visão deturpada de mundo que visa apenas beneficiar as elites e privilegiar o grande capital.

3.2 - A necessidade de se respeitar o Princípio de Presunção de Inocência para evitarmos injustiças

Conforme abordado anteriormente, verificamos que mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o princípio da presunção de inocência já se encontrava inserido em nosso ordenamento jurídico. Assim, o legislador ao inserir

¹⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-13/presuncao-inocencia-constituicao-assembleia-muda-la>. Acessado em 23 de junho de 2020.

esse princípio na CF/88 apenas ratificou aquilo que já existia anteriormente. Certo é que, a nossa Constituição consagrou o trânsito em julgado como o momento em que uma pessoa pode ser considerada culpada de fato.

Como também já verificamos que o trânsito em julgado é o momento no qual não existe mais a possibilidade de recorrer e se faz assim a coisa julgada.

Portanto, mesmo que o legislador não tenha definido de maneira clara o que seria o trânsito em julgado, a doutrina já estabeleceu o que seria esse instituto, tanto no direito processual penal quanto no processual civil. Nesse sentido, José Cretella Júnior ensina:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao *status* de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 537).

Parece, portanto, que não existe discordância entre a doutrina e a corrente majoritária dentro do próprio Poder Judiciário sobre o que seria o trânsito em julgado e o momento no qual o acusado deixa de ser inocente e se trona culpado de fato.

Ainda nesse sentido Barbosa Moreira explica o que é o trânsito em julgado. Para ele:

“Por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso”. (MOREIRA, 1971, p. 145).

Parece até uma controvérsia sem sentido se imaginarmos que esse tema já se encontra pacífico dentro do nosso ordenamento jurídico. Ocorre que por motivos que nada tem haver com garantir o fim da impunidade o STF acaba promovendo interpretações diversas sobre esse tema e causa insegurança jurídica por não respeitar o texto constitucional. Devemos assim indagar se é competência do STF ultrapassar a taxatividade da norma constitucional, mesmo que se tenha o intuito de oferecer uma resposta para a sociedade que acredita que “bandido bom é bandido morto”.

O fato é que o acusado tem o direito de, ao menos até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ser tratado como inocente. Por essa razão a

possibilidade de se prender uma pessoa enquanto ainda lhe restam meios para se defender, mesmo que nas instâncias superiores não seja feita mais a análise de provas, é um equívoco e um flagrante desrespeito ao direito. Devemos assim, ao interpretar a Constituição Federal e todo arcabouço doutrinário sobre a mesma, que a culpa só deve ser formada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não sendo, portanto legal uma interpretação diversa disso. Segundo Eugênio Pacelli Oliveira:

ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), essa garantia constitucional abrange todos os atributos juridicamente relevantes que integram o patrimônio geral da pessoa de direitos. E essa cláusula do devido processo legal tem por escopo essencial a realização das garantias individuais do acusado em face do Estado, de modo a promover o necessário equilíbrio de forças entre acusação e a defesa na ação penal (OLIVEIRA, 2013, p. 53).

Por fim resta mencionar que o STF, como guardião da Constituição Federal, deve zelar para que ela seja cumprida e respeitada e não promover interpretações diversas, independente do motivo, do que está explicitado em seu texto. Quem tem a atribuição de legislar é o Poder Legislativo, cabendo a Suprema Corte, assim como a todas as pessoas, respeitar a lei e garantir que ela seja cumprida em sua integralidade, sem artifícios ou subterfúgios que promovam caos jurídico.

O princípio de presunção de inocência deve prevalecer sempre para evitarmos injustiças e garantirmos uma relação o mais igual possível na relação entre o Estado e os seus administrados. A presunção de inocência pertence a Constituição, inserido dentro das chamadas cláusulas pétreas, o que impossibilita até mesmo que o Poder legislativo o altere.

3.3 - A importância de não se permitir o retrocesso nos direitos e garantias fundamentais

Observamos atualmente um grande desafio que é a manutenção dos direitos fundamentais sociais, como a presunção de inocência, por exemplo, além de outros, que devem ser protegidos contra as inconstâncias políticas e econômicas que o nosso país atravessa de tempos em tempos.

Entretanto, o princípio da proibição do retrocesso social impede que o legislador, ou o Poder Judiciário, suprimam direitos adquiridos que se enquadrem

como direitos e garantias fundamentais como as estabelecidas no art. 5º da CF/88.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009):

o princípio da proibição de retrocesso social significaria “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”¹⁷ (SARLET, 2009)

É, portanto, uma obrigação do Estado garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam respeitados a fim de proteger o indivíduo da opressão estatal.

Segundo Cristina Queiroz:

Concretizado o direito fundamental social pelo Estado, nasce a obrigação de não sufragar esse mesmo direito social, o que consiste num dever de proteção jurídico-constitucional que deve ser pressuposto, quer pela Administração Pública, quer pelo Judiciário. Referido dever de proteção do Estado se converte em benefício do titular do direito, num direito de defesa em sentido formal (QUEIROZ, 2006, p. 116-120).

A Constituição Federal de 1988, considerada uma Constituição Cidadã, consagrou o Brasil como um Estado social e democrático de direito, reconhecendo os direitos sociais como direitos fundamentais, sendo, portanto, considerados cláusulas pétreas, não sendo assim passíveis de que haja m retrocesso desses direitos, mesmo que por meio de uma emenda a constituição.

Os direitos sociais fundamentais consagrados em nossa magna carta são direitos básicos e elementares, que devem ser observados, pois em última análise, remetem à própria natureza do ser humano. Nesse sentido, ao privamos uma pessoa dos seus direitos fundamentais significa privar essa pessoa do próprio direito de pertencer a essa sociedade. Para Dallari, “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida” (DALLARI, 1988, p.7).

Quando o Estado deixa de agir para garantir que princípios como a igualdade e a dignidade da pessoa humana saiam do papel ele acaba agindo de maneira cruel contra aqueles que já são marginalizados e excluídos pela sociedade. Os agentes do Estado que deveriam garantir que a lei fosse cumprida e respeitada acabam se tornando agentes de violação de direitos e cometem verdadeiros absurdos, como no

¹⁷ Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf#_ftn3. Acessado dia 21 de julho de 2020.

caso em que policiais se tornam promotores, juízes, executores e algozes daqueles que se encontram em avançado grau de exclusão social. Segundo Zaffaroni (2011):

A pobreza de meios para a instrução de processos faz com que as polícias dependentes do Poder Executivo sejam as verdadeiras autoridades de instrução ou sumário. A deterioração policial e a corrupção fomentada pelos políticos que habilitam crescentes espaços de arrecadação ilícita degradam a eficácia do serviço de segurança. Isto, num marco social em que o desemprego e a anomia geradores de exclusão aumentam a frequência dos erros de conduta violentos, leva a uma verdadeira combinação legal: a prevenção primária e também a secundária se degradam. (ZAFFARONI, 2011, p. 73)

Ainda segundo Zaffaroni (2011):

Inclusive, “[...], é possível verificar que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural”. (ZAFFARONI, 2011, p.81)

Assim, devemos lutar para que direitos não sejam suprimidos, principalmente quando verificamos as situação de estigmatização e marginalização em que vive uma parcela da população do nosso país. Não podemos aceitar um Estado que excluí e suprime direitos, promovendo um verdadeiro processo de homicídio contra aqueles pessoas que se enquadram no “perfil” escolhido para viver a margem da sociedade.

Não conseguimos vislumbrar como o STF, que tem o dever constitucional de agir no caso de omissão do Executivo ou Legislativo na garantia dos direitos sociais, atenta justamente contra um direito elementar de cada indivíduo que é o direito a liberdade. O judiciário deve agir, já que caso não o faça, segundo Renato Brasileiro de Lima (2012), implicaria uma negação da pretensão de justiça, que é um dos postulados existentes em nosso sistema jurídico. Entretanto, ele deve agir para garantir o respeito a norma jurídica e não ao contrário disso.

Também devemos mencionar que, segundo Narbal Antônio Mendonça Filete (2012), os direitos e garantias previstos no art. 5º e incisos da CF/88 devem se sujeitar ao princípio da proibição de retrocesso social, com o objetivo de se evitar que o legislador suprima direitos que ele próprio já havia conferido em lei.

Como muito bem observou Francisca Narjara de Almeida Brasil (2007), a segurança jurídica dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição é condição imprescindível para promover a dignidade da pessoa humana. Isso se

deve ao fato de que os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, cabendo ao Estado assegurá-los por meio da segurança jurídica estabelecida pelas Constituições que se baseiam no princípio da proibição do retrocesso social.

Dessa maneira, como o princípio de presunção de inocência se encontra em nossa Constituição Federal no *rol* das garantias fundamentais, não acreditamos que seja possível ou razoável qualquer tentativa de suprimir esse direito, seja pelo STF ou pelo Congresso Nacional.

Garantir que não sejam retrocedidos direitos que foram adquiridos ao longo dos anos, com muita luta, deve ser visto como basilar em um Estado dito Democrático de Direito. Não podemos permitir que devido ao clamor de algumas determinadas classes e ao desejo punitivista pelo qual nosso país atravessa sirva como desculpa para suprimir direitos e garantias.

Não permitir que normas que tratem de direitos fundamentais sofram qualquer tipo de redução ou supressão através de interpretações judiciais, ou mesmo pela vontade do legislador, deve ser uma constante luta daqueles que operam o direito com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana e para evitarmos os excessos que podem vir a ser cometidos pelo Estado.

Os direitos sociais e as garantias existentes no texto constitucional são de suma importância para que os cidadãos possam ter uma vida digna e sejam respeitados em suas diferenças. O objetivo desses direitos é de promover a igualdade e a justiça social. Os direitos garantidos em nossa Constituição Federal, como o princípio da segurança jurídica, o princípio da proibição do retrocesso social e o fundamento dignidade da pessoa humana devem ser respeitados independente do momento político pelo qual o país atravessa.

Quando falamos de cláusulas pétreas a impossibilidade de qualquer tipo de retirada de direitos, a não ser no caso de uma nova Assembleia Constituinte, é ainda maior, não sendo possível, portanto qualquer tipo de avanço no sentido de se reduzir direitos e garantias. Segundo Alexandre de Moraes, atual ministro do STF que votou a favor da prisão em segunda instância, a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, sendo inclusive imutável em alguns pontos, no caso das cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, mostrando assim uma certa contradição em seu pensamento antes de se tornar ministro e o seu voto sobre o tema na revisão da matéria ocorrida em 2019, afinal, o art. 5º da Constituição e

constituído por cláusulas pétreas, que nas palavras do próprio ministro não podem ser alvo de alterações.

Segundo Álvaro dos Santos Maciel (2020), a Constituição Federal, em seu artigo 5º, tem o objetivo de garantir segurança jurídica aos cidadãos estabelecendo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, evitando assim prejuízos para os cidadãos.

Não é razoável que em um país em que verificamos uma omissão completa por parte do Estado em garantir que os direitos mais básicos das pessoas sejam cumpridos e respeitados ainda tenhamos que conviver com a perda desses direitos.

Assim, a manutenção dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição é de suma importância para promover a dignidade da pessoa humana e garantir que os direitos das pessoas sejam respeitados. Os direitos fundamentais são inerentes ao próprio ser humano, sendo papel do Estado garantir a sua aplicabilidade conforme estabelecido pela CF/88.

O princípio da proibição de retrocesso social reconhece o grau de vinculação do legislador no sentido de proibir qualquer tipo de retrocesso social. Não acreditamos ser possível possibilitar que a presunção de inocência seja ignorada independente da justificativa ou do momento social ou econômico pelo qual o país esteja passando. O princípio da proibição de retrocesso social, que se encontra inserido implicitamente na Constituição Federal, impossibilita que direitos sejam suprimidas pela simples vontade do STF que, em nossa opinião, não tem nada haver com a busca pela justiça, mas sim com questões ideológicas e políticas dos ministros que integram a Suprema Corte que se colocam em uma posição de superioridade inclusive em relação a lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, percebemos que o Brasil atravessa um momento delicado. O circo midiático montado com vistas a derrubar do poder um grupo político ajudou a criar em nosso país um sentimento de que vivemos no país da “impunidade”, o que criou uma atmosfera de instabilidade e fez surgir grupos que defendem a perda de direitos, mesmo que isso possa impactar diretamente na vida dessas próprias pessoas.

O princípio de presunção de inocência é uma importante ferramenta na luta contra a opressão e tirania do Estado. Não podemos aceitar que instabilidades políticas e o clamor popular sirvam como desculpa para cercear direitos que foram conquistados com muita luta ao longo dos anos.

É importante mencionar ainda que não cabe ao STF interpretar a lei de acordo com a vontade dos seus membros, devendo eles também se sujeitar ao texto legal para evitarmos injustiças e situações absurdas como as observadas em alguns julgados recentes ocorridos no Brasil.

Outro ponto importante a ser lembrado é que não é papel do Poder Legislativo retirar direitos das pessoas, afinal, eles foram eleitos justamente para defender direitos, não sendo assim possível que o Congresso Nacional atente contra a constituição simplesmente devido ao clamor popular ou para atender aos seus próprios interesses e aos interesses das elites que dominam o país.

Acreditamos que toda pessoa que responde a um processo e é acusada de ter cometido qualquer tipo de crime deve receber um tratamento justo e imparcial, o que infelizmente não é o que observamos após a denúncia feita pelo “*Intercept Brasil*”. O princípio de presunção de inocência serve justamente para evitarmos que situações absurdas como as denunciadas não venham a ocorrer. Todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória afinal, é o que diz a Constituição Federal.

Acreditamos que a lei deve valer para todos, independente da sua raça, credo, cor ou classe social. Entretanto, não podemos aceitar como certo a supressão de direitos e as arbitrariedades cometidas por membros do Estado que deveriam zelar pela lei e garantir que ela seja cumprida.

Ante tudo que foi exposto, não acreditamos que se deixar levar pelo momento do país, ou por informações falsas e deturpadas vinculadas nos jornais, o princípio

de presunção de inocência seja desconsiderado e que uma pessoa, presumidamente inocente, seja presa, principalmente quando observamos que o nosso sistema penitenciário é caótico, como já reconhecido pelo próprio STF. É papel do Estado respeitar a lei e garantir o bem estar social dos indivíduos, o que não se concilia com a retirada de direitos e o retrocesso das garantias constitucionais.

Por fim, verificamos que o princípio de presunção de inocência é uma cláusula pétrea da Constituição Federal, não sendo possível assim que o STF, ou mesmo o Poder Legislativo suprimam esse direito de acordo com a sua vontade e os seus interesses de momento.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO. Tribunal de Justiça. **Desaforamento de julgamento nº 2012.006051-5**, Relator: Des. Edivaldo Bandeira Rios, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30 out. 2012. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=25501D0862704F5DAFFC4AD43CEB08A7.cjsg1?n...>>; Acesso em 20 de janeiro de 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARATTA, Alessandro. **“Filósofo de uma criminologia crítica”**. In: *Mídia e Violência Urbana*. Rio de Janeiro:Faperj, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acessado dia 11 de setembro de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado dia 11 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Paciente: Marcos Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavaski. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/enta126292.pdf>> Acessado dia 12 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 164.709**. Paciente: Felipe André Laranjo e outro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Minas Gerais, 09 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/651885885/habeas-corpus-hc-164709-mg-minas-gerais>> Acessado dia 21 de outubro de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Notícias**. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>> Acessado dia 11 de novembro de 2019.

BRASIL, Francisca Narjara de Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como efetividade da segurança jurídica**. Disponível no

endereço: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3816/O-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-como-efetividade-da-seguranca-juridica> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347: MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, Setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> >. Acesso 12 de dezembro de 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUELONI, Cláudio. **Existe Direito Absoluto?** Disponível em: <https://claudiobueloni.jusbrasil.com.br/artigos/122873636/existe-direito-absoluto> acessado em 09 de março de 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Cláusulas pétreas e direito adquirido**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/13311/reflexoes-acerca-da-legitimidade-das-clausulas-petreas> >. Acessado em 09 de março de 2020.

CAMPOS, Rosangela Góes. **A violação do princípio da presunção de inocência ante a decisão do STF no Habeas Corpus 126.292, 2019**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72782/a-violacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-ante-a-decisao-do-stf-no-habeas-corpus-126-292> acessado dia 18 de outubro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **‘Lei, para que(m)?’**. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p.51.

CONCEIÇÃO, Marcela dos Santos. **A influência da mídia no julgamento do casal Nardoni**. Conteúdo Jurídico. 2012. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-influencia-da-midia-no-julgamento-do-casal-nardoni,39776...>; Acesso dia 20 de janeiro de 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, V. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1988.

FERRAJOLI apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho

de. **Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Juris, 2006.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Disponível do endereço: <http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Disponível do endereço: <http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social> Acesso em: 22 de dezembro de 2019.

FLORES, Paulo. **A prisão pós-segunda instância: analisada por 2 professores**. In: Nexo Jornal, 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/10/A-pris%C3%A3o-p%C3%B3ssegunda-inst%C3%A2ncia-analisada-por-estes-2-professores>>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

GINZRBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais, morfologia e história**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

GOMES, André Luís Callegaro Nunes. **Presunção de inocência ou de não culpabilidade. Não ser considerado culpado é o mesmo que ser presumido inocente?** Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 1791, 27 maio 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11310/presuncao-de-inocencia-ou-de-nao-culpabilidade>>. Acesso dia 27 de janeiro de 2020.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf>> Acessado dia 04 de fevereiro de 2020.

KUMODE, Priscilla Miwa. **A Presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP**. 2016. 60 p. Dissertação Pós-graduação Curso de Direito - Escola da Magistratura, Curitiba, 2016.

LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, volume 1. Impetus. Niterói: 2012.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do princípio do não retrocesso social**. Disponível no endereço: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926> Acesso em 02 de março de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95 de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NABUCO FILHO, José. **Importância da presunção de inocência**. Revista Jurídica Visão Jurídica, São Paulo, v. 01, n.54, p. 94-95, out. 2010.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. **A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, p.79-93, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/impossibilidade-de-clausulas-petreas-vincularem-geracoes-futuras>>. Acessado em 09 de março de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com a Leis ns. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas.

ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, 1948.

PEDROSA, Matheus. **Texto sobre Garantismo Penal**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57888/texto-sobre-o-garantismo-penal-de-luigi-ferrajoli>. Acessado dia 17 de dezembro de 2012.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra Editora, 2006.

RODAS, Sérgio. **STF gera insegurança com idas e vindas sobre HC contra ato de ministro**, CONJUR, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/stf-gera-inseguranca-mudancas-hc-ato-ministro> Acessado dia 10 de fevereiro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – *RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed. Atual. Rev. São Paulo: 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOARES, Carlos Henrique: **O Novo Conceito de Trânsito em Julgado**. Revista CEJ, Brasília, 2010.

SOARES, Marina. **PRINCÍPIOS: A regra do sopesamento de Robert Alexy como método de delimitação da competência legislativa do município**. 2013. 44 p. Dissertação Mestrado Curso de Direito – Universidade Federal, Bahia. 2013.

STF. Plenário. **ADPF 347 MC/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10ª Salvador: Juspodivm, 2015.

WACQUANT, Loïc: **As prisões da miséria**. Título original: Les prisons de la misère Tradução: André Telles Data da Digitalização: 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZUZA, Diego dos Santos. **Supremacia das normas constitucionais e garantias penais**. In: Jus Brasil, 2016. Disponível em: <<https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/282292135/supremacia-das-normasconstitucionais-e-garantias-penais>>. Acessado dia 12 de setembro de 2019.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
 PACTE.(S) : MARCIO RODRIGUES DANTAS
 IMPTE.(S) : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
 COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI
 Relator

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
 PACTE.(S) : MARCIO RODRIGUES DANTAS
 IMPTE.(S) : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
 COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 103

HC 126292 / SP

DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^z. Min^z. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

Em 5.2.2015, deferi o pedido de liminar “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. À vista da Súmula 691/STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, de regra, conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância. Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal (*v.g.*, entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014). No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.

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

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 103

HC 126292 / SP

justiça criminal.

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é 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. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 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 estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”.

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 103

HC 126292 / SP

determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

“*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.*”

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 103

HC 126292 / SP

“(…) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA”.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 103

HC 126292 / SP

estabelece:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia 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 e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que *“o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado*

5

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 103

HC 126292 / SP

perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali 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, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 103

HC 126292 / SP

extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

6. O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

“No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 103

HC 126292 / SP

progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos" (v: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 103

HC 126292 / SP

consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), *"em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema"*. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

"a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O *Criminal Justice Act 2003* representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à *High Court* versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da *Crown Court*. (...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 103

HC 126292 / SP

5^a, 6^a e 14^a Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre *Caso 'Coffin versus Estados Unidos'* em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, "nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes". Prossegue informando que "o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

c) **Canadá**

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, "é claro", a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 103

HC 126292 / SP

possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 103

HC 126292 / SP

inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(...)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida” (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 84.078, p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 103

HC 126292 / SP

que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

“Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 103

HC 126292 / SP

que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

“Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 103

HC 126292 / SP

este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’ (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

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

10. 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.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 103

HC 126292 / SP

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

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, antes de tudo louvo o voto do eminente Relator, que traz à discussão e enfrenta com a propriedade e minudência, peculiar a Sua Excelência, os temas que envolvem essa importante questão que é o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade relacionado à possibilidade de execução penal após esgotadas as instâncias ordinárias. Subscrovo as conclusões de Sua Excelência em relação aos temas enfrentados pedindo vênias para, brevemente, destacar os aspectos que se me afiguram determinantes, aproveitando o ensejo, ainda, para breve reflexão sobre a vocação constitucional deste Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente, eminentes pares, *"não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra"*.

Essas palavras de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, as quais cito em tradução livre, de certa forma expressam a concepção que tenho do papel que a Constituição reservou a este Supremo Tribunal Federal enquanto Órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

Creio que a esta Corte, pela Constituição, foi atribuído o elevado e precípuo papel de guardião da Constituição, cujo exercício se dá por meio da formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem. Da mesma forma, ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuído pela Constituição o elevado mister de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional.

Não desconheço que esta não é exatamente uma Corte Constitucional, nos moldes do sistema europeu continental, já que, pelo desenho que lhe deu a Constituição da República, há competências que

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 103

HC 126292 / SP

desbordam dessa noção. Cito, dentre outros exemplos, a competência originária decorrente do foro por prerrogativa de função, que nos incumbe de processar e julgar determinadas autoridades da República.

Essa competência, por certo, não se insere no rol daquelas que fazem deste Tribunal, primordialmente, uma Corte de Teses Constitucionais. É uma exceção que demandaria vontade política do Poder Constituinte Reformador para eliminar de nossa Carta Constitucional essa, a meu sentir, injustificável exceção ao princípio republicano.

Há, todavia, com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal, que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quicá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos.

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

Sempre pedindo redobradas vêniãs àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 103

HC 126292 / SP

a execução da pena privativa de liberdade.

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.

Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia.

Também não me refiro ao caso específico dos crimes dolosos contra a vida e à constitucionalmente proclamada soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "c", da CF) que, a meu ver, opõe-se frontalmente à concepção segundo a qual as decisões condenatórias dos jurados – adjetivadas pela Constituição de soberanas – só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios.

Refiro-me, principalmente, secundando as conclusões do eminente Relator, ao arcabouço recursal desenhado pela Constituição

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 103

HC 126292 / SP

Federal e ao *locus* nele ocupado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar "*injustiças do caso concreto*". O caso concreto tem, para sua esmerada solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.

Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que quera delas fazer instâncias revisoras universais.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 103

HC 126292 / SP

demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais.

Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia* os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 103

HC 126292 / SP

sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios.

Essa jurisprudência já configura um limite imposto por essa Corte à estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF. Defendo, na linha das razões muito bem articuladas pelo eminente Relator, que o limite deva ser maior.

Não depreendo da regra do art. 5º, LVII, da CF o caráter de presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias.

Porque, *data venia*, no limite, é disso que se trata!

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.

Não desconsidero, por fim, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição. Isso, todavia, não serve de argumento a conferir efeito paralisante à eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau.

Para sanar essas situações, como bem ressaltado no voto do eminente Relator, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 103

HC 126292 / SP

interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte.

Sendo assim, tenho a honra de acompanhar o voto do eminente relator.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.

1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).

2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 103

HC 126292 / SP

do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”

VOTO

1. O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do *delineamento da controvérsia*. A Parte II é dedicada à apresentação dos *fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau*. Por fim, a Parte III expõe os *fundamentos pragmáticos para o novo entendimento*, preconizado no voto.

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 103

HC 126292 / SP

Parte I

DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA

I. A HIPÓTESE

2. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de indivíduo condenado pelo crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (Código Penal, art. 157, § 2º, I e II). De acordo com a acusação, o paciente, em 28.06.2003, juntamente com um cúmplice, teria subtraído da vítima, sob a mira de um revólver, a quantia de R\$ 2.600,00. Em primeiro grau, o réu foi condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recurso de apelação, tendo sido determinada a expedição de mandado de prisão.

3. Em *habeas corpus* sucessivos, o paciente questionou, primeiro perante o Superior Tribunal de Justiça e, agora, perante o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade de tal determinação. Em síntese, a discussão aqui travada consiste em saber se a Constituição admite ou não a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário.

II. A OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA MATÉRIA

4. A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade¹. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu

¹ Sobre o tema, v. Aníbal Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 103

HC 126292 / SP

nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp)². Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

5. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”³. Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se

2 Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confirmam-se, ainda, as Súmulas 716 e 717: Súmula 716 “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

3 Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 103

HC 126292 / SP

defende.

III. A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

6. É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

7. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade⁴. Na linha do que escrevi em trabalho doutrinário⁵:

4 Sobre o tema, v. o trabalho seminal de Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Müller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo corresponde ao sentido extraído do texto do dispositivo constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O âmbito normativo, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade. V. Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2005. Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. Jean-Jacques Pardiní, *Le juge constitutionnel et le 'fait' en Italie et en France*, 2001.

5 Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 103

HC 126292 / SP

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

(...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.

(...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro”.

8. Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

9. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 103

HC 126292 / SP

sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%.⁶ Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões⁷.

10. Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos⁸. Em regra,

⁶ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

⁷ Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

⁸ Transcrevo aqui observação feita durante o meu voto oral no julgamento: "E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas do país, que era meu amigo e colega na UERJ, o Professor Evaristo de Moraes. Ele me disse: 'As pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Ai seria a hora de lembrar a elas o preconceito que tinham contra nós'.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 103

HC 126292 / SP

os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

11. Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva⁹ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

12. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de

Portanto, eu acho que a advocacia criminal merece apreço, merece respeito e desempenha um papel fundamental para a realização da justiça. Mas os advogados criminais não podem ser condenados a, por dever de ofício, interpor um recurso descabido atrás de outro recurso descabido para, ao final, colherem uma prescrição e a eventual não punição do seu cliente. Esse é um destino inglório para qualquer profissional. No entanto, é um papel que se cumpre porque o sistema permite, e o advogado se empenha em manter seu cliente fora da prisão. Portanto, não é uma crítica ao advogado. É uma crítica ao sistema”.

⁹ De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 103

HC 126292 / SP

função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a demonstrar.

Parte II

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA
CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU**

I O PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO NÃO É O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA, MAS ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,**

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 103

HC 126292 / SP

conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988¹⁰.

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, logo abaixo, o inciso LXI prevê que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

16. Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).

¹⁰ Apenas no caso de prisão em flagrante, a ordem escrita e fundamentada é dispensada. Porém, desde o advento da Lei nº 12.403/2011, o flagrante deixou de constituir título autônomo e válido para manter a segregação cautelar do indivíduo. Nessa hipótese, a lei passou a exigir que a autoridade judiciária competente examine, com a maior brevidade possível, a necessidade de manutenção ou não da prisão, exigindo-se então ordem escrita e fundamentada.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 103

HC 126292 / SP

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

II. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É PRINCÍPIO E COMO TAL ESTÁ SUJEITA A PONDERAÇÃO COM OUTROS BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

II.1. A presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio

18. Considerando-se que a Constituição Federal não interdita a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário indagar quais os fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

19. Os direitos ou garantias não são absolutos¹¹, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são

¹¹ STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: "OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto."

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 103

HC 126292 / SP

inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida¹².

20. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”¹³. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas¹⁴. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação¹⁵,

12 O *insight* pioneiro neste tema encontra-se em Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 24 (onde se reproduz texto anterior, publicado como artigo, sob o título “The model of rules”, *University of Chicago Law Review* 35:14, 1967-1968).

13 Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 56; e Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 173-174.

14 Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.” (tradução livre).

15 De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 103

HC 126292 / SP

tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*.

21. Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo¹⁶.

22. Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê 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”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.

disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.

16 Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 338: “a) Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)”.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 103

HC 126292 / SP

II.2. A normas constitucionais em tensão na hipótese

23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a 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.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediatemente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 103

HC 126292 / SP**II.3. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização**

25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, "*as causas decididas em única ou última instância*". Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 103

HC 126292 / SP

efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*¹⁷.

28. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais¹⁸.

29. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988¹⁹.

17 Sobre o tema, v. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2014, p. 482 e s; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015.

18 Nesse sentido, vejam-se: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

19 Luciano Feldens, *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, 2005; Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, *Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira*, mimeografado, 2009.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 103

HC 126292 / SP

A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: *"A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade"*²⁰.

30. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

III. APÓS CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, A EXECUÇÃO DA DECISÃO CONSTITUI EXIGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA

III.1. Fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau

31. No tópico anterior, foram apresentados fundamentos de índole estritamente constitucional que são adequados e suficientes para justificar a posição aqui defendida quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma

²⁰ Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, 1979, p. 78 (a 1ª edição é de 1764).

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 103

HC 126292 / SP

insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. É possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, *em regra*, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto.

32. O artigo 312 do Código de Processo Penal²¹ prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria: (i) a conveniência da instrução criminal, consistente na necessidade de garantir a colheita de provas, evitar a atuação indevida do acusado sobre testemunhas etc; (ii) a garantia de aplicação da lei penal, que busca evitar que o acusado se furte ao processo e/ou ao seu resultado, e (iii) a garantia da ordem pública e da ordem econômica. Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário²². Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer

21 CPP. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

22 Nesse sentido, confirmam-se, exemplificativamente: (i) HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou: “Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC’s 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 103

HC 126292 / SP

fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

33. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal²³. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um

circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”; e (ii) HC 83.868, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, Pleno, de cuja ementa extrai-se que: “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”.

²³ CF/88, art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ...”. Vê-se, assim, que a ordem pública é, igualmente, um conceito constitucional, associado à segurança pública. O uso abusivo da repressão penal em outras épocas da vivência brasileira não deve impedir o seu uso legítimo, ponderado e eficiente em um Estado democrático.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 103

HC 126292 / SP

formalismo estéril.

III.2. Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer

34. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto²⁴. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

35. Infelizmente, porém, esses casos não constituem exceção, mas a regra. Tome-se, aleatoriamente, um outro caso incluído na pauta do mesmo dia do presente julgamento. Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-ED-ED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva²⁵. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda

24 Esta Corte, é claro, não se mostrou indiferente ao patente abuso do direito de recorrer, determinando, em alguns desses casos, a imediata execução da condenação. Porém, essa possibilidade não é suficiente para corrigir a disfuncionalidade existente no sistema recursal.

25 Também esta exigência de trânsito em julgado da sentença de pronúncia, previamente à realização do júri, está a exigir urgente reforma.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 103

HC 126292 / SP

inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.

III.3. A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade

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

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 103

HC 126292 / SP

37. Tanta ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração, pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de *“implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção”*²⁶.

38. Aliás, a este propósito, cumpre abrir janelas para o mundo e constatar, como fez a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886 (j. 6.09.2005), que *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”*. Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto²⁷.

39. Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir

²⁶ Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

²⁷ Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gasman, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078, In: *Garantismo Penal Integral*, 2013, p. 453-477.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 49 de 103

HC 126292 / SP

eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do *habeas corpus*. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Parte III

FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*²⁸, tem uma inegável dimensão *política*. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

41. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário:

“A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa

²⁸ Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. Três situações geradoras de casos difíceis são a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais e as colisões de normas constitucionais.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 103

HC 126292 / SP

inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”²⁹.
(grifo acrescentado)

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da

²⁹ Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 322.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 103

HC 126292 / SP

seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.

I. EQUILÍBRIO E FUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

44. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal.

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 103

HC 126292 / SP**II. DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL**

46. Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo grau) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.

47. Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. Como escrevi em recente texto acadêmico:

“Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 53 de 103

HC 126292 / SP

cultural importante no Brasil: a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade³⁰.

III. QUEBRA DO PARADIGMA DE IMPUNIDADE

48. Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.

49. Em razão dos motivos aqui apresentados, entendo que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

30 V. Luís Roberto Barroso, Brasil: o caminho longo e tortuoso. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11-abr2016-versão-final-completa2.pdf>. Sobre o comentário final da transcrição, denunciando o círculo vicioso que premia os piores, v. Míriam Leitão, *História do futuro*, 2015, p. 177-78.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 103

HC 126292 / SP**CONCLUSÃO**

50. Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: *“A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”*.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, este *habeas corpus* não estava previsto com maior antecedência para a pauta de hoje, e não tive condições de me debruçar sobre o tema com o cuidado e atenção que estava a merecer. Faço esse registro porque, quanto às colocações e às razões que estão levando o eminente Ministro Teori Zavascki a propor a revisão da jurisprudência desta Corte, eu compartilho das preocupações de Sua Excelência e louvo o belíssimo voto, assim como as oportunas colocações do Ministro Fachin e agora do Ministro Luís Roberto.

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.

Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, embora louvando, como já disse, e até compartilhando dessas preocupações todas – é emblemático o caso que o eminente Ministro Luís Roberto refere, sob a minha relatoria, revelador do uso abusivo e indevido de recursos, e estamos todos os dias enfrentando essa realidade -, eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta. E digo por quê. Colho do voto do Ministro Eros Grau, proferido no HC 84.078 - Tribunal Pleno, Diário de Justiça, de fevereiro de 2010, ou seja, há seis anos -, que por ele foi proposta a revisão da jurisprudência da Corte sobre o tema. E propôs

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 103

HC 126292 / SP

a revisão da jurisprudência da Corte, que, como o Ministro Teori Zavascki acentuou, era firme no sentido da possibilidade de execução da pena na pendência ainda de recursos, vale dizer, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, assim fundamentando: *"A execução da sentença, antes de transitada em julgado, é incompatível com o texto do art. 5, LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de Sua Excelência, (no caso o Ministro Sepúlveda Pertence), no julgamento do HC nº 69.964, a seguinte assertiva - (agora, palavras do Ministro Sepúlveda Pertence):*

"(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão castelar, ou de antecipação do cumprimento da pena.

(...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que haurient de se trouver ensemble. (...)"

Também o Ministro Marco Aurélio afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao art. 5º da Constituição de 1988, da antecipação provisória do cumprimento da pena.

Sigo lendo da fundamentação do HC citado: *"Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente -, anoto a circunstância de o vocábulo "antecipada", inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada".*

"Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena."

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 57 de 103

HC 126292 / SP

Este Plenário apreciou o tema com profundidade, naquela oportunidade, à luz da Constituição. Exarados votos, inclusive um belíssimo, como sempre, do nosso eminente decano, Ministro Celso de Mello, no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.

Não ousou, Senhor Presidente, no momento, repito, com todo o respeito, pedindo vênua ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam, afastar os fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da jurisprudência da Corte. Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação nesta Casa, divirjo para conceder a ordem. Pelo que depreendi do voto do Ministro Teori, o Ministro Falcão, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinara "execute-se a pena", em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar.

Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo a ordem.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

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

Nós também, aqui, sempre nosso querido e dileto amigo Ministro Aurélio afirma que aqui não há semideuses, quer dizer, nós não temos a última palavra, porque sabemos mais do que todos. Então, se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é impossível que ele chegue, aqui, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente.

Por outro lado, Senhor Presidente, foi aqui destacado um aspecto muito importante que é, talvez, uma singularidade processual. A coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 103

HC 126292 / SP

de alguns capítulos da decisão.

E é exatamente o que ocorre no processo penal, como aqui foi destacado pelo Ministério Público, pelo voto do Ministro Teori, Ministro Fachin, Ministro Barroso, com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais. E, eventualmente, *ad eventum*, e à luz da realidade prática muito difícil, pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade.

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.

Eu, como fui antecedido por três exemplares manifestações - Ministro Teori, Ministro Fachin e Ministro Barroso - não queria reiterar aspectos que aqui foram destacados. Mas, apenas, traria a lume, por fim, uma observação que parece muito importante. É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 103

HC 126292 / SP

após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico.

E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral.

Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela:

"[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos."

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

"[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

Então, pedindo vênias à divergência e louvando essas três exemplares manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, eu os acompanho integralmente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, me parece da maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, para toda a sociedade. Acho que esse é um tema candente.

Lembro bem que, na última decisão que tomamos no **habeas corpus**, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria.

Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.

Portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 103

HC 126292 / SP

parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito.

E temos inclusive súmula, que aplicamos reiteradamente nos *habeas corpus* e em todos os outros processos, aqui incluídos os recursos extraordinários, a Súmula 279, que não permite revisão de provas nesta sede.

Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverá de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considere e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos.

Por essa razão, Senhor Presidente, vou me manter na mesma linha dos votos antes proferidos, ou seja, neste caso, denego a ordem, acompanhando o Ministro-Relator, com as vênias da Ministra Rosa Weber que votou divergente.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, eu formei, como já foi até assinalado, a maioria que, no julgamento do caso do *Habeas Corpus* 84.078, estabeleceu a orientação hoje vigente quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença.

À época, lembro-me de que o relator do processo era o ministro Eros Grau, mas se destacou, com muita ênfase, o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso, que ressaltava a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presentes os requisitos de prisão preventiva. São os casos clássicos, nós nos lembramos bem, que são hoje enquadráveis naquele fundamento de ordem pública. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Então, era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.

Como já foi amplamente destacado aqui e tem sido objeto de ampla discussão e reflexão, nosso sistema é bastante singular, porque, ao contrário, por exemplo, do modelo alemão, não enseja o trânsito em julgado a não ser depois de ultimadas todas as providências verificadas no processo. Daí, termos visto o caso recente trazido ao Plenário, do ministro Dias Toffoli. Esses apelos, minúcias, expedientes, que vão ao extremo. No Direito alemão, uma *Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, já se lançaria contra uma decisão trânsita em julgado. Foi, inclusive, o modelo que o ministro Peluso imaginou introduzir aqui, por proposta de emenda constitucional, dizendo, na fase da apelação, definida a apelação, já haverá trânsito em julgado. Portanto, é a partir desse modelo positivo que muitas vezes se diz “mas o modelo alemão, por exemplo, leva isso em conta”. Ou o próprio modelo espanhol, que não tem o recurso constitucional, mas tem o recurso de amparo. Em suma,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 103

HC 126292 / SP

seguindo as mesmas pegadas. Em nosso caso, ao contrário, sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões.

Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o *The Economist* fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e só nessa linha, ratificando, porque me esqueci, e acho que parte do número excessivo de prisões provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final. Portanto, uma inversão lógica que hoje nós talvez estejamos ajudando a combater.

Já que Vossa Excelência citou o *The Economist*, o desta semana tem uma matéria muito interessante pela descriminalização da maconha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um *habeas corpus*, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite.

Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça.

Ainda há pouco – e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal –, esse crime, por todas as razões,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 103

HC 126292 / SP

reprovável, ocorrido em Unai, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico.

Um outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e no caso de tribunal do júri, tendo em vista a soberania do júri, talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau, tendo em vista a gravidade do homicídio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa.

O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves.

Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediante do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro, Vossa Excelência me permite um segundo? Apenas para fazer uma observação que me parece muito coerente com o que já foi dito até aqui. Em todos os

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 103

HC 126292 / SP

casos isso é grave. Em todos os casos penais é grave.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A Justiça que tarda falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada. De uma forma simples, dou um exemplo, que é esse trabalho que faço, de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois. Quer dizer, a pessoa não é presa. Ela já formou outra família, o homem. A criança que tinha oito anos viu isso, dezesseis anos depois, aos 24, nem entende mais o que está acontecendo. E quem é do interior - e o Brasil mora muito no interior -, sabe que as famílias são inimigas. Então, criou-se uma situação social em que aplica-se a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou. Enfim, só para dar essa achega. Obrigada pelo aparte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Obrigado, ministra Carmen.

Agora eu também queria enfrentar a questão na perspectiva teórica da ideia da presunção de inocência ou presunção da não culpabilidade, que foi objeto de uma reflexão muito séria por parte do Tribunal. Acho importante o debate tendo como *leitmotiv* a ideia da presunção da não culpabilidade.

A mim me parece que nós temos uma sinalização de um instituto jurídico ou o desenho de uma assim chamada garantia institucional. O que se quer fundamentalmente? Que determinadas premissas básicas sejam seguidas. Agora, se nós notarmos, ao longo do desenho jurídico positivo, vamos ver que o próprio legislador lida com esse tema de maneira variada, dizendo, por exemplo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão. Logo, portanto, atenuando a ideia de uma presunção de inocência que tornasse o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. Mas, para o recebimento da denúncia, já exige alguma coisa mais densa, a ideia da materialidade.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 103

HC 126292 / SP

O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado.

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

E, aí, eu vou citar um clássico do nosso Direito, que é Eduardo Espínola Filho, ao afirmar que “a presunção de inocência é vária”, dizia ele na linguagem singular, “segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436).

Portanto, suscitando que isso é passível, usando uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais, de uma conformação por parte inclusive do legislador. Não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 103

HC 126292 / SP

ou nada. É disso que se cuida quando Eduardo Espínola Filho fala dessa gradação.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários.

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, "e", da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).

Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012).

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 103

HC 126292 / SP

incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.

Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante.

Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade.

Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: *"Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa"*.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que *"Qualquer pessoa acusada de uma infração presione-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada"*.

Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema *"common law"*, dividem os julgamentos nas fases de veredito (*verdict*) e de aplicação da pena (*sentencing*). Na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado. Se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas. No caso *Matijašević v. Serbia*, n. 23037/04, julgado em 19.9.2006, o Tribunal reitera já longa jurisprudência no sentido

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 103

HC 126292 / SP

de que, declarada a culpa na fase de veredito, o dispositivo não mais se aplica. Ou seja, com a declaração da culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos.

Os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §3143 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislações processuais dos estados não costumam ser mais brandas.

Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.

O direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung*) afirma que as “sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado” (§449: “*Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*”). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (“*dringen verdächtig*”) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão – §§ 112 e 112a do *Strafprozessordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht*, 19, 342).

Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” – Portugal – artigo 32, 2: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 103

HC 126292 / SP

curto prazo compatível com as garantias de defesa – e dos países de língua portuguesa em geral – Angola, artigo 67, 2; Moçambique, artigo 59, 2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tomé e Príncipe, artigo 40, 2; Guiné-Bissau, artigo 42, 2 e Timor Leste, artigo 34, 1.

Nota-se que, na tradição italiana e nas constituições de língua portuguesa a presunção vige até o trânsito em julgado.

Não se nega a importância da análise das Constituições de mesma tradição. Em nosso caso, os textos constitucionais de língua portuguesa são *“importante objeto de estudo”*, visto que *“é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais de Portugal, do Brasil, de Angola, de Guiné-Bissau, de Cabo Verde, de Moçambique, e de São Tomé e Príncipe”* (HORBACH, Carlos Bastide. O controle de Constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, nº 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005).

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito.

Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 103

HC 126292 / SP

Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.

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

E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios, e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de *habeas corpus*.

Revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. Mas a própria realidade institucional de difícil modificação – tanto é que todos nós nos lembramos do esforço feito pelo ministro Peluso, ao oferecer aquela proposta de emenda constitucional, mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Civil em geral. E, daí,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 103

HC 126292 / SP

talvez a razão por que a proposta de emenda acabou por não ter o trâmite, a despeito do bafejo, do apoio que ela colheu na imprensa e também nos setores da política, porque é um juízo quase que unânime no sentido de que há algo de extremamente singular no nosso sistema jurídico penal, mas, de fato, a ideia que Sua Excelência desenvolveu, seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau e, aí, valia tanto para as decisões de caráter penal como de civil, colocou realmente em grande temor todos aqueles que imaginavam que, depois, o recurso extraordinário teria efeito de uma rescisória com todas as consequências e as próprias execuções que se fariam no campo cível já teriam caráter de definitividade. Daí, portanto, a dificuldade que se colocou. Mas isso é até um dado muito curioso que fala bem da honestidade intelectual do ministro Peluso. Sua Excelência, na verdade, que contribuiu decisivamente para o debate, para a consagração do precedente aqui referido, depois, diante da análise das consequências, se viu tentado a desamarrar o impasse e propôs então essa emenda constitucional que teve um trâmite bastante enfático e acentuado, eu acho que no Senado.

Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. E, à época, eu imaginei que a própria ressalva que o ministro Peluso tinha trazido quanto à possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau, fosse mais abrangente do que poderia ser, porque, de fato, em alguns casos, nós podemos chegar, após a decisão de segundo grau, à aplicação da prisão como garantia da ordem pública. Mas como fazê-lo, por exemplo, em casos graves de homicídio? Crimes que causam desassossego nas comunidades e que o réu responde solto? Vai a júri? Vai recorrer sucessivamente?

Nós temos inclusive hoje uma dificuldade, e esse é um outro dado importante, que nós até temos tido essa reflexão na Turma, alonga-se por demais a submissão de alguém ao julgamento do júri. Por quê? Porque se espera também a preclusão definitiva da chamada decisão de sentença de pronúncia. Portanto, isso vem em recurso para o tribunal de apelação e depois vem ao STJ e, muitas vezes, vem até ao Supremo Tribunal Federal,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 103

HC 126292 / SP

frequentemente em *habeas corpus*, em suma, buscando a revisão da sentença de pronúncia. E, veja, o Brasil, nesse sentido, é um país, Presidente, Vossa Excelência tem os dados, inclusive, no CNJ, certamente é surreal. Acontece, no Brasil, prescrição de crime de júri, o que seria impensável, porque nós estamos falando da prescrição *longi temporis*, a mais ampla que se pode imaginar, mas eu me deparei com isso em Pernambuco, em que, em vários casos, teve-se de fazer mutirão, porque, veja, algo que seria impensável, que é a possibilidade de ter-se prescrição em função desse alongamento. O que realmente acaba comprometendo todo o sistema. Portanto...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, só um comentário nessa mesma linha. Primeiro, endossando a referência elogiosa ao Ministro Peluso, à qual adiro. Mas este problema... Eu fui do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, cinco anos. Uma das grandes tragédias brasileiras, em matéria de direitos humanos, é a existência de grupos de extermínio, de norte a sul do País, que atuam, sobretudo, em razão da impunidade do sistema formal de Justiça. Então, com um certo apoio velado da sociedade, aquele pequeno comerciante ou pequeno empresário, ou aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, ele contrata um matador e resolve o seu problema com uma Justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave de que a Justiça formal não foi capaz de atender à demanda dele.

De modo que, endossando essa sua observação, eu me lembro desse problema dos grupos de extermínio, que é um problema grave, de norte a sul do País; e é grave pela violência, e é grave por uma certa cumplicidade silenciosa da sociedade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E é verdade, o governador Eduardo Campos acompanhava essa questão, diretamente, me mostrou o sistema de acompanhamento no Palácio, em Pernambuco, e

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 103

HC 126292 / SP

ele ficava um tanto chocado, não era da área jurídica, com esse fenômeno; travava um combate muito intenso contra o crime organizado, especialmente, esse crime de mando em Pernambuco, e, depois de dois ou três anos da prisão de autores de crimes graves, ele dizia "a Justiça acaba decidindo pela soltura", porque vinha a questão do tempo de prisão, crimes complexos em que não havia a possibilidade de fazer um julgamento rápido e, claro, essas pessoas voltariam a cometer crimes, porque pertenciam a organizações criminosas. Nós sabemos que, em alguns parlamentos, de alguns Estados, há, inclusive, algumas figuras importantes que estão associadas – certamente Vossa Excelência deve ter visto isso na comissão – a esses crimes extremamente graves; a questão da pistolagem, em alguns Estados, é extremamente grave.

Então, a mim me parece que eu teria que me estender um pouco mais, Presidente, só porque me somei à maioria vencedora naquele caso. E quero ressaltar que, tivéssemos nós a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão.

De modo que eu, fazendo todos esses registros, pedindo vênias agora à ministra Rosa Weber, que aderiu à posição anterior e, também, vênias antecipadas ao ministro Marco Aurélio, possivelmente ao ministro Celso de Mello, que há muito perfilham a orientação até aqui dominante, vou acompanhar o voto trazido pelo ministro Teori Zavascki, denegando a ordem.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.

Há pouco, concluímos, considerada maioria escassa, por diferença de um voto, no sentido do não cabimento do *habeas corpus* contra ato de membro do Tribunal. Revelei preocupação quanto à reprodução dessa óptica nos Tribunais Superiores, nos vinte e sete Tribunais de Justiça e nos cinco Tribunais Regionais Federais. Já, agora, com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência, revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente, para admitir o que ressaltou em votos na Turma como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada.

Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País.

Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.

Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, o crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos. Lembremo-nos da Copa de 1970, Zagalo, Pelé e companhia, quando se ouvia o refrão: "Noventa milhões de brasileiros em ação". Hoje somos duzentos e cinco milhões de brasileiros em ação. Um crescimento demográfico de cerca de cento e quarenta por cento, presente natalidade sem controle.

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 103

HC 126292 / SP

Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto.

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

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 103

HC 126292 / SP

onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

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

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 103

HC 126292 / SP

–, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Acompanho, Presidente, a divergência revelada pela ministra Rosa Weber. Implemento a ordem pleiteada na inicial deste *habeas corpus*.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Registre-se, desde logo, Senhor Presidente, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua "Summa Teológica", constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Esse, pois, na lição de doutrinadores – ressalvada a opinião de quem situa a gênese dessa prerrogativa fundamental, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano –, o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 103

HC 126292 / SP

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, **tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto** das sociedades civilizadas, **como valor fundamental e exigência básica** de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a **Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, **proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes** até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, **mostrou-se presente em outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional, como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/ **Carta de Banjul** (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e **a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), **e outros de caráter global, como o Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 103

HC 126292 / SP

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douda lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram, no entanto, os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção segundo a qual não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição

3

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 103

HC 126292 / SP

nitidamente autocrática, **que repudia** “A chamada tutela da inocência” e **que vê**, na “pretendida presunção de inocência”, algo “absurdamente paradoxal e irracional” (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 e **destinada** a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais **conspícuo**, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, **será a virtual** (e gravíssima) **esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

Vale referir, no ponto, a esse respeito, a **autorizada advertência** do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):

“O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

4

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 103

HC 126292 / SP

Do princípio da presunção de inocência (*'todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade'*) ***emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.***

'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).' (grifei)

Disso resulta, segundo entendido, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 103

HC 126292 / SP

É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 96.095/SP Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado

6

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 103

HC 126292 / SP

da condenação criminal) **representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção** aos direitos **de quem sofre** a persecução penal **e traduz, de outro, requisito de legitimação** da própria execução de sanções **privativas de liberdade ou** de penas restritivas de direitos.

O fato, Senhor Presidente, é que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal.

Coerentemente com esse entendimento, tenho proferido decisões, no Supremo Tribunal Federal, que bem refletem a posição por mim ora exposta, como se vê, "p. ex.", de decisão cuja ementa a seguir reproduzo:

"- A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes.

- A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.

- A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a

7

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 87 de 103

HC 126292 / SP

prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

– A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui só por si motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.

– A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

– O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'. Medida cautelar deferida."

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008)

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 88 de 103

HC 126292 / SP

fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições.

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência **somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência.

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser **presumido inocente** até que sobrevenha condenação penal irreversível.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 89 de 103

HC 126292 / SP

Tenho para mim que essa **incompreensível repulsa** à presunção de inocência, Senhor Presidente, **com todas as gravíssimas consequências** daí resultantes, **mergulha** suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível** com os padrões do regime democrático.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, *vigorosamente*, **os fundamentos** daqueles que, **apoiando-se** em autores como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, **vistumbra** algo “*absurdamente paradoxal e irracional*” na “*pretendida presunção de inocência*” (a frase é de Manzini).

O Supremo Tribunal Federal, **ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza** a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados **ou** réus perigosos, **pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger** os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.

A **jurisprudência** que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta, em sua formulação, a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, *que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.*

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – **a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado** – está consagrada **não só** nas Constituições democráticas **de inúmeros países (como o Brasil), mas, também,** como anteriormente assinalado, **em importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do**

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 90 de 103

HC 126292 / SP

Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2000), a **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos** (1981), a **Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos** (1990), o **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** (1966) e a **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969).

Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado !!!

Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto: “presione-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” (grifei).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal tem sempre advertido que as acusações penais não se presumem provadas, pois – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – o ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 91 de 103

HC 126292 / SP

inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tenido-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 92 de 103

HC 126292 / SP

É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, “Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal” (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte ênfatiza, bem por isso, com particular veemência, que “Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído” (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 93 de 103

HC 126292 / SP

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, **que só deixará de prevalecer** – repita-se – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Enfatizo, por necessário, que o “*status poenalis*” **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. **Essa opção** do legislador constituinte (**pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas as pessoas**, de que ninguém – **absolutamente ninguém** – **pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença transitada em julgado**.

Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, **bem destacou** a importância de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação criminal, **demonstrando**, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário respeitar-se a presunção de inocência.

Disse Vossa Excelência, então:

“(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os

14

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 94 de 103

HC 126292 / SP

parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.” (grifei)

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de ordem jurídica **somente justificáveis** em face da **irrecorribilidade** de decisões judiciais.

Isso significa, portanto, que inquéritos policiais **em andamento**, processos penais **ainda** em curso **ou**, até mesmo, condenações criminais **sujeitas a recursos** (**inclusive** aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) **não podem** ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis de pronunciamento absolutório**, **como fatores de descaracterização** desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o **direito de ser presumido inocente até o trânsito** em julgado da condenação judicial) e **destacar-lhe** as origens históricas, **relembrando** – não obstante a sua consagração, **no século XVIII**, como um dos grandes postulados iluministas – **que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava** de certas presunções **então** formuladas (“*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*”, p. ex.), **valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia**, em benefício de quem era processado, **verdadeiro “favor rei”, que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda** do Ancien Régime.

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na **presunção de inocência**, o que se alega por mera concessão dialética, **ainda assim se mostraria inconciliável** com o nosso

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 95 de 103

HC 126292 / SP

ordenamento positivo a **preconizada execução antecipada** da condenação criminal, **não obstante** sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), **pelo fato** de a Lei de Execução Penal impor, **como inafastável pressuposto de legitimação** da execução de sentença condenatória, **o seu necessário trânsito em julgado**.

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

"Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas **restritivas** de direitos:

"Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares." (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, **mesmo se se tratar de simples pena de multa**, pode ser implementada **sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante **inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista**,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 96 de 103

HC 126292 / SP

revelada em julgamento que *perigosamente parece desconsiderar* que a majestade da Constituição *jamaiz poderá subordinar-se* à potestade do Estado.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênia para acompanhar**, *integralmente, na divergência*, os eminentes Ministros ROSA WEBER e MARCO AURÉLIO e **deferir** o pedido de “*habeas corpus*”, **mantendo**, em consequência, **o precedente** firmado no julgamento plenário do **HC 84.078/MG**, Rel. Min. EROS GRAU, **reafirmando**, *assim, a tese de 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, LVII), de ser presumido inocente.*

É o meu voto.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 97 de 103

17/02/2016

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*.

Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.

Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho:

Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 98 de 103

HC 126292 / SP

defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar).

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.

Portanto, este é o ensinamento de três dos maiores processualistas penais de nosso país e que creio que ainda estão em vigor.

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

Eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, e vou elaborar um pouco sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade. Interessante isto. Especulam os especialistas que se debruçam sobre o tema que isso talvez venha do Código Civil Napoleônico, de 1804, que consagrou o triunfo da burguesia, do estado liberal, e que deu início exatamente à economia

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 99 de 103

HC 126292 / SP

capitalista ou consolidou a revolução industrial, que, logo antes, havia, enfim, se iniciado do ponto de vista histórico, e isso teve uma repercussão no Direito Positivo. E o Código Civil Napoleônico foi o primeiro exemplo desta consubstanciação deste fenômeno histórico que então se processava. O Código Civil Napoleônico, todos nós sabemos, teve uma intensa repercussão no Código Civil brasileiro de 1916, elaborado, fundamentalmente, pelo grande jurista Clóvis Beviláqua, e vejo também, confirmando essa constatação dos historiadores, sociólogos, politólogos, esta prevalência ou esse valor maior que se dá à propriedade com relação à liberdade, isto se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro.

Eu estava aqui folheando alguns dispositivos penais, alguns tipos penais, e nós verificamos que ofensa à propriedade, o crime de furto, o crime de roubo são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. O crime de furto e o crime de roubo são muitíssimo mais apenados ou apenados com penas bem maiores do que o crime de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. São penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta - e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil -, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

"Art. 520.

(...)

IV. o levantamento de depósito em dinheiro" - vil metal - "e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 100 de 103

HC 126292 / SP

propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

E vem aquilo ao qual o Ministro Marco Aurélio aludiu, diz o art. 520, II:

“Art. 520.

(...)

II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução” - claro, a transferência do bem, a propriedade - “restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos”.

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas o Estado está muito bem financeiramente, poderá indenizar o inocente colocado, por erro Judiciário, atrás das grades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é, então, vejamos Vossas Excelências, com todo o respeito, há incongruência - digo isso com a maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram -, há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 101 de 103

HC 126292 / SP

Processo Civil, que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindouro.

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só pela ordem, rapidamente. Nós temos verificado nas Turmas que esse número de presos representa presos, provisoriamente, em razão de prisão provisória ou preventiva.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, as Turmas têm se conscientizado disso, nós temos imposto medidas restritivas em substituição a essas penas provisórias.

Então, no meu modo de ver, o que vai ocorrer, diante dessa

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 102 de 103

HC 126292 / SP

modificação da jurisprudência do Supremo, vai ser a liberação de quem está injustamente preso, provisoriamente ou preventivamente, e o recolhimento daqueles que foram condenados em segundo grau; sai um, entra outro, eu acho que vai ser mais ou menos isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é. É verdade.

Vossa Excelência me permite - é claro, eu não quero ser jocoso, nem irônico -, nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau.

Mas eu acho que a Suprema Corte chegou a uma decisão. Todos os argumentos foram extremamente muito bem fundamentados. O Ministro Teori Zavascki, como sempre, nos brindou com um belíssimo e profundíssimo voto, atento à realidade brasileira que se caracteriza por uma crescente criminalidade, seja ela urbana e rural.

Mas, então, eu peço vênia, mesmo diante desses argumentos muito sólidos, para manter a minha posição e, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do eminente Ministro Decano Celso de Mello, conceder a ordem.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 103 de 103

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 126.292****PROCED. : SÃO PAULO****RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI****PACTE. (S) : MARCIO RODRIGUES DANTAS****IMPTE. (S) : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS****COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Decisão: A Turma, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do Ministro Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 15.12.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luis Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Silvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário