



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO– UAD

DAYANY ALVES MOURA E ASSIS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292

SOUSA - PB  
2016

DAYANY ALVES MOURA E ASSIS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Doutor Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

DAYANY ALVES MOURA E ASSIS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292

Trabalho monográfico apresentado ao curso de  
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da  
Universidade Federal de Campina Grande, como  
exigência parcial da obtenção do título de Bacharel  
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Doutor Eduardo Jorge Pereira de  
Oliveira

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Orientador (a): Prof. Doutor Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

---

Membro (a) da Banca Examinadora

---

Membro (a) da Banca Examinadora

*Quando vou a um país, não examino se há boas leis,  
mas se as que lá existem são executadas, pois boas  
leis há por toda parte.*  
Montesquieu

## AGRADECIMENTOS

Ao Deus, pois quando a força física foi insuficiente, a força espiritual se fez necessária.

A Divanildo e Soneide, meus pais, principais responsáveis por essa conquista, que desde cedo me ensinaram o valorda família e da educação. Nas vezes em que quase fraquejei, foi em vocês que eu encontrei a estabilidade que eu precisava. Essa conquista não é minha, é nossa! A vocês o meu eterno amor e gratidão!

Aos meus irmãos Divanildo Filho e Klébia (e à pequena Clarice, a quem já amo tanto), com quem aprendi os primeiros valores da união e de uma verdadeira amizade. “Ter um irmão é ter, para sempre, uma infância lembrada com segurança em outro coração”.

Às minhas avós Cicina e Silvady, protagonistas das minhas melhores lembranças de infância e minhas maiores incentivadoras nessa jornada acadêmica. Obrigada pelo amor e cuidado que tem por mim. A Chico Moura (*in memorian*) e Zé de Natércio (*in memorian*), tenho certeza que de onde estiverem olham por mim, e se orgulharão de ter uma neta “doutora”.

À minha família, sinônimo de união e partilha, o bem mais precioso que uma pessoa pode ter, e que sempre apostou tanto em mim. Aos meus primos, primas, tios e tias, em especial à Tia Sonia, de quem tenho a honra de ser afilhada, sempre tão presente e preocupada para que nada me faltasse.

Ao meu professor e orientador Dr, Eduardo Jorge, a quem reputo ter o dom do magistério, e que tão pacientemente me aceitou e me guiou para a conclusão dessa pesquisa.

A Thaize, minha irmã, não de sangue, mas de coração, que me auxiliou de todas as formas possíveis durante esse curso. Um exemplo de estabilidade emocional. Muito obrigada pela convivência harmoniosa e pelas altas doses de café e paciência!

A Hudson, meu maior companheiro de jornada e maior incentivador. Compartilhamos juntos os melhores e os piores momentos deste curso. Aliás, por quantas vezes o seu ombro amigo não me deixou fraquejar... Saiba que qualquer obstáculo que surja, não é seu, é nosso! O mesmo digo das vitórias futuras.

A Rafael, meu orientador anônimo nesta pesquisa, me mostrando o quanto eu era capaz, nos momentos que eu não acreditei nisso. És também meu orientador de vida, sempre me incentivando na busca pelos meus sonhos. Saiba que sempre pode contar comigo. Ser-lhe-ei eternamente grata!

À Carlos, Valéria (e o pequeno Rafa), Jaiza, Carla, Clara, Alzira, Jacqueline, Ingryd, Jucelio, Elon, Lara, Joyce, Diego. Enfim, aos amigos que de alguma forma estiveram comigo durante a graduação, pois Ernest Hemingway já dizia que mais importante que a própria guerra é quem estará ao seu lado nas trincheiras.

A Vitória e Aline, amigas e “superioras”, e todos os funcionários da Comarca de Paulista, que me receberam de braços abertos no período de estágio, e que tanto me ensinaram. Tenho vocês como exemplo de competência e profissionalismo.

A turma Direito 2015.2 – matutino, a Turma Eduardo Jorge, que na escolha de seu nome, sabiamente homenageou o grande pai que tivemos nesta graduação.

Ofereço essa conquista a esses e a todos que contribuíram direta ou indiretamente com a concretização do meu sonho da Formatura em Direito. Minha sincera gratidão a todos vocês!

*É mais fácil formular uma acusação que  
destruí-la, como é mais fácil abrir uma  
ferida que curá-la.*

FaustinHelie

## RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de início da execução da pena privativa de liberdade no caso da sentença condenatória ter sido confirmada em segunda instância, ou seja, mesmo antes de transitar em julgado. A decisão, que modificou entendimento anterior da Suprema Corte sobre o assunto, gerou diversas discussões acerca da relativização do princípio constitucional da presunção de inocência no processo penal. Ao longo da pesquisa será feita uma breve exposição histórica da presunção de inocência, bem como a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro. Estudará-se o julgamento do HC 126.292, e como essa decisão repercutiu entre diferentes órgãos, como Ordem dos advogados do Brasil e Associação dos Magistrados Brasileiros. Nesse contexto o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, no sentido de demonstrar a discrepância existente entre a função do Supremo Tribunal Federal, de guardião da Constituição e o entendimento manifestado no julgamento em questão. Utilizar-se-á o método de pesquisa bibliográfica em todo o trabalho monográfico, através de jurisprudência, doutrinas referentes ao direito constitucional e direito processual penal, como também, dispositivos legais.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Presunção de Inocência. Processo Penal.

## ABSTRACT

These research is about a verdict pronounce in *Habeas Corpus* 126.292, when Supremo Tribunal Federal admitted the possibility of beginning of execution of deprivation of liberty in cases of verdict ratified in second instance, even before will be heard. The sentence which changed the Supreme Court knowledge about these subject-matter started a lot of discussions regarding relativization of constitutional principle of presumption of innocence in criminal process. In these research there will be make a short historic exhibition of presumption of innocence and your importance in Brazilian law. There will be discussed the judgment of HC 126.292 and how these decision reflected on different agencies, as Ordem dos Advogados do Brasil and Associação dos Magistrados Brasileiros. In these context the method of deductive approach will be used to demonstrate the big difference between Supremo Tribunal Federal function of Constitution guardian and its knowledge in the verdict studied in these paper. The bibliographic method will be used in all these monographic by jurisprudence, legal provisions and Constitutional and Criminal Process books.

**Key words:**Supremo Tribunal Federal. Presumption of innocence. Criminal Process.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

Art. – Artigo;

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

ANADEF – Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais;

CF – Constituição Federal;

CFRB – Constituição da República Federativa do Brasil;

CP – Código Penal;

CPP – Código de Processo Penal;

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão;

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

TJ – Tribunal de Justiça.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	14
2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	14
2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL .....	18
2.2.1 As Prisões Cautelares e a Presunção de Inocência.....	21
<b>3 A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	23
3.1 O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 .....	23
3.2 REPERCURSSÃO DA DECISÃO EM OUTROS ÓRGÃOS .....	31
<b>4 O STF COMO “GUARDIÃO” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	34
4.1 ENTENDIMENTOS ANTERIORES DO STF EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	35
4.1.1 Julgados do STJ em defesa do Princípio da Presunção de Inocência .....	37
4.2 O APELO POLULAR <i>VERSUS</i> A SEGURANÇA JURÍDICA.....	38
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	41
<b>REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO</b> .....	44

## 1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal – STF, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* Nº 126.292, proferiu a polêmica decisão de que o réu que tivesse sentença condenatória confirmada em segunda instância poderia dar início de imediato ao cumprimento da pena de prisão, ainda que pendentes recursos em instâncias superiores. Com essa decisão, o STF modificou jurisprudência anterior sobre o mesmo tema, na qual entendia que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença, afrontava o Princípio da Presunção de Inocência.

Nesse diapasão, a presente pesquisa propõe-se a analisar a relativização do preceito constitucional pela Suprema Corte. Para isso foi utilizado o método bibliográfico em todo o trabalho monográfico, através de doutrinas referentes ao Direito Processual Penal e ao Direito constitucional, o histórico-evolutivo, na abordagem do conceito de Presunção de Inocência, bem como artigos jurídicos da internet.

No primeiro capítulo, realizar-se-á uma breve abordagem histórica acerca da Presunção de Inocência, desde a sua origem, no Direito Romano, até sua positivação e ascensão a princípio constitucional, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, com o intuito de compreender a sua essência como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Especificamente quanto à sua importância no Processo Penal, debater-se-á a sua coexistência harmônica com o instituto da Prisão Cautelar.

Prosseguindo, o segundo capítulo estudar-se-á efetivamente o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292. Serão expostos os argumentos favoráveis e contrários à decisão, como também o modo como esta repercutiu em outros órgãos, como Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e Associação Nacional dos defensores Públicos Federais – ANADEF.

Finalizando o estudo, o terceiro capítulo discorrerá sobre a função precípua do Supremo Tribunal Federal – STF, estabelecida no art. 102 da Constituição Federal de 1988, como de ser o guardião da Constituição. Mostrar-se-ão entendimentos jurisprudenciais anteriores, tanto do STF, quanto do Superior Tribunal de Justiça – STJ, nos quais se decidiu que a execução da pena privativa de liberdade antes de transitar em julgado a sentença condenatória, ofende o Princípio

da Presunção de Inocência. Por fim, chegando ao problema da pesquisa, discutir-se-á o risco que a relativização desse preceito constitucional pode trazer à segurança jurídica do ordenamento brasileiro.

## **2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988, como forma de incorporar direitos subjetivos do cidadão e limitar o poder político sobre a esfera individual, estabelece no seu artigo 5º os Direitos e Garantias Fundamentais, consagrando, no inciso LVII, o Princípio da Presunção de Inocência, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo BECCARIA (1996, p.35, apud Lopes Jr., 2012, p. 237):

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida.

A Presunção de Inocência confere ao indivíduo a condição transitória de não culpabilidade e, conseqüentemente, de não ser-lhe aplicada pena, sem o devido processo legal e a eventual condenação definitiva pelo órgão competente. Desse modo, é da acusação o ônus de provar que o fato criminoso foi efetivamente cometido, bem como a autoria do acusado.

Este é um dos princípios básicos do Estado de Direito, mais que uma tutela da liberdade individual, é uma garantia de segurança social, uma vez que o interesse é a proteção de todos os inocentes, sem exceção (LOPES Jr., 2012, p. 236).

Mougenot, ao fazer uma análise terminológica da expressão “Presunção de Inocência” afirma não ser tecnicamente correto o termo “presunção”, uma vez que a Magna Carta não determina que se deve presumir a inocência do indivíduo, mas sim garantir a sua permanência no “estado” de inocência ou de “não culpabilidade”, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BONFIM, 2013, p.89).

### **2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Apesar da Presunção de Inocência ter sido positivada apenas em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sustenta Aury Lopes Jr (2012, p. 235) que o princípio teve sua origem há séculos, no Direito Romano, com o escrito

de Trajano “*satius esse impunitum relinqui facinusnocentis, quaminnocentemdamnarem*”<sup>1</sup>, e os provérbios medievais “*affirmanti nonnegantiincucumbitprobatio*”<sup>2</sup> e “*actore non probante reusabsolvitur*”<sup>3</sup>. Sendo assim, entende-se que o Princípio da Presunção de Inocência surgiu através da regra do *in dubio pro reo* (FERRAJOLI, 2006, p.576).

Posteriormente, na Idade Média, mais especificamente no período inquisitorial, onde o processo penal era secreto e sem contraditório, a Presunção de Inocência foi amplamente prejudicada. Como narra Aury Lopes Jr (2012, p. 235), “basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve.”

Nessa linha de pensamento, EYMERICH (1376, apud LOPES Jr., 2012, p.235) dizia que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”. Pode-se dizer que a Presunção de Inocência foi invertida para uma “Presunção de Culpabilidade”, tratamento dado a todos os acusados.

Naquela época, o cidadão não tinha nenhum direito ou garantia contra os excessos praticados pelo Estado-Juiz, que por sua vez, era autoritário e tinha liberdade para atuar de qualquer maneira na sua atividade punitiva. Exemplo disso são as reconhecidas práticas de tortura da Inquisição.

Inconformada com os abusos cometidos pelo Estado contra a liberdade individual, e influenciada pelos ideais iluministas, a Assembleia Constituinte da França elaborou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo no seu art. 9º que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Como bem ressaltou Ricardo Alves Bento (2007, p. 39, apud CASTRO, 2008, p. 36), o teor desse documento, principalmente pela afirmação da Presunção de Inocência, trouxe grandes benefícios para quem viesse a figurar como réu em um processo criminal, uma vez que não poderia mais ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória:

---

1“É melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente”.

2“Ao que afirma, não ao que nega, cabe a prova”.

3“(Se) o autor não prova, o réu é absolvido” (tradução do autor).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se estabeleceu objetivando obstruir qualquer abuso por parte do Estado, o qual deveria erguer-se sobre os fundamentos de um Estado liberal e democrático, 'ser tratado no decurso do processo penal, ou do inquérito policial, com a devida dignidade, obstruindo qualquer submissão a qualquer instituto ou condição que o equiparasse como culpado.

Também baseada nos postulados iluministas que permeavam a Europa do fim do século XVIII, surgiu a Escola Clássica Italiana, que defendia o Estado Democrático Liberal, tratando a presunção de inocência como pressuposto do processo penal. Seus ideais eram de defesa dos direitos e garantias individuais, e opostos ao absolutismo estatal, à tortura e ao processo penal inquisitorial<sup>4</sup>.

Posteriormente, a Presunção de Inocência, sob a perspectiva da Escola Clássica, foi severamente atacada pelas escolas Positivista e Técnico-Jurídica. Aquela sustentava ser a razão a fonte precípua do conhecimento, defendia o desenvolvimento das ciências positivas e negava a liberdade de escolha e de ação. Esta defendia o Direito Penal como ciência jurídica, no entanto, sem considerar os fatores antropológicos, sociológicos e jusnaturalistas. Resgatava o conceito de responsabilidade penal (baseada na vontade humana), os critérios de exclusão de culpabilidade e graus de agravamento e diminuição. Definia o delito como uma conduta típica, antijurídica e culpável (VARALDA, 2007, p. 23, apud CASTRO, 2008, p. 37).

A crítica mais incisiva partiu de Vincenzo Manzini, grande nome da Escola Técnico-Jurídica, que denominou o Princípio da Presunção de Inocência de "estranho absurdo extraído do empirismo francês", e como tal, seria incompatível com qualquer procedimento criminal (MANZINI, 1951, apud LOPES Jr., 2012, p. 235). Aury Lopes Jr. explica o entendimento do jurista italiano:

Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultava ser culpada ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência.

Em seguida, Manzini sugeriu a existência de um terceiro *status* para o réu de um processo penal: o de indiciado, justificado pela ideia de que, se é duvidosa a

---

4 CASTRO, D. C. *Estado de Inocência e a Ordem Pública: Prisão Preventiva e Violação de Direitos Humanos*. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. 2008.

culpabilidade do indivíduo no decorrer do procedimento criminal, é incerta também a sua inocência, portanto, não seria tratado como inocente, tampouco como culpado. Entretanto, é importante salientar que toda essa discussão resta superada, até mesmo na Itália, onde se consideram apenas duas condições para o réu: inocente ou culpado, prevalecendo a primeira até trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Baseado naqueles primeiros ideais de Manzini, o Código de Rocco (Código de Processo Penal que vigorou na Itália de 1930 até 1988), com suas características visivelmente inquisitivas, não ratificou a Presunção de Inocência, porque a considerava um excesso de individualismo e garantismo.

No Brasil, essas ideias também penetraram na legislação do Estado Novo, mais precisamente através do Decreto-lei 88/37, que instituía o Tribunal de Segurança Nacional, pelo qual a prática de crime grave e o estado de flagrância suprimiam a presunção de inocência, ainda cabendo ao réu provar o contrário<sup>5</sup>. O art. 20.5 desse decreto dispunha que “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime”.

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), viu-se uma grande necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, principalmente em razão das atrocidades cometidas nesse período. A Organização das Nações Unidas– ONU elaborou então, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem– DUDH, cujo artigo 11.1 reconhecia outra vez, mundialmente, a presunção de inocência como um princípio:

Art. 11.1: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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.

Após a DUDH, a presunção de inocência passou a ser tutelada em outros documentos de abrangência mundial, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem (1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Convenção Europeia

---

<sup>5</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Direito de Defesa: Deixem em paz o princípio da presunção de inocência*. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia#\\_ftn1](http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia#_ftn1)> Acessado em: 24 de abr de 2016.

dos Direitos Humanos (1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

## 2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

No Brasil, esta regra foi expressamente consagrada no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 como um princípio basilar do processo penal brasileiro. Conforme anota BONFIM (2013, p.53), ocorre no nosso ordenamento jurídico o fenômeno da *constitucionalização do processo penal*, assim chamado pela doutrina americana: a Carta Magna constitui fonte de preceitos de natureza processual penal de garantia do processo e da jurisdição. Seguindo esse entendimento, os princípios norteadores do processo penal devem ser estudados sob a ótica do Direito Constitucional em íntima relação com aquele.

Essas normas orientam e delimitam o alcance das leis ordinárias, unificam o sistema normativo, podendo até mesmo, na ausência de norma específica, resolver diretamente os conflitos, e cabe ao aplicador da lei reconhecê-las e aplicá-las ao processo penal. São preceitos constitucionais de natureza processual penal as normas que limitam o poder punitivo do Estado, estabelecendo direitos e garantias aos acusados e aos presos, por exemplo, dentre os quais está a presunção de inocência.

No que concerne especificamente ao Princípio da Presunção de Inocência, LOPES Jr. (2012, p. 236) chega a afirmar que a qualidade de um sistema processual penal verifica-se pelo nível de eficácia alcançado por esse preceito. Dada sua relevância, AMILTON B. de CARVALHO (2001, p. 51 apud LOPES Jr., 2012, p. 236) defende que o Princípio da Presunção de Inocência é um pressuposto da condição humana, e por isso não tem sequer necessidade de estar positivado para produzir efeitos. Não existem pessoas “mais” ou “menos” presumidamente inocentes. É condição inerente a todos, sem distinção, independente do fato que lhe é atribuído.

Os princípios e normas constitucionais, incluindo-se a presunção de inocência, devem estar no centro do ordenamento jurídico, servindo-lhe de alicerce e traçando o caminho das funções estatais. Sendo assim, a inobservância de tais preceitos põe em risco o Regime Democrático de Direito, juntamente com os direitos humanos fundamentais, tutelados na Constituição. CASTRO (2008, p. 43) salienta

que para atingir a ordem garantista e a segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito, é necessário o reconhecimento do poder normativo tanto das regras quanto dos princípios constitucionais.

FERRAJOLI (1997, p. 549) sustenta que a presunção de inocência deriva do princípio da jurisdicionalidade, uma vez que esta é atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, sem a qual ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma sanção. ADAUTO SUANNES (1999, p. 232, *apud* LOPES Jr., 2012, p. 238) faz uma estreita relação entre o Princípio da Presunção de Inocência e os princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana quando afirma claramente:

Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado.

Desde sua positivação na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Princípio da Presunção de Inocência assumiu diferentes aspectos: o de regra de tratamento, o de modelo de processo penal e o de regra de prova ou de juízo. Alguns fatores processuais atuais, portanto, decorrem diretamente do princípio da presunção de inocência.

No processo penal, o **ônus probatório** é inteiramente da acusação, pois um indivíduo presumidamente inocente nada precisa provar. O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados antes de concluído o devido processo legal viola a presunção *juris tantum* da inocência, conseqüentemente, é obrigatória a absolvição do acusado se a culpabilidade não restar suficientemente demonstrada.

Esse princípio implica um **dever de tratamento** do Estado para com o acusado, reduzindo-se ao máximo as medidas que restrinjam os direitos e garantias a ele inerentes durante o processo. Decorre daí a excepcionalidade das modalidades de prisão processual, embora não sejam medidas de cumprimento de pena. Sobre esse tema, pondera ALEXANDRE DE MORAES (2014, p. 123):

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*.

Contudo, a decretação das prisões processuais (em flagrante, temporária, preventiva, etc.) somente será legítima, se presentes os elementos que comprovem a real necessidade<sup>6</sup>, ou seja, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, elementos que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, apresentam uma relevante suspeita de que o acusado seja culpado e sua liberdade ofereça risco social.

Ainda concernente às condições de tratamento do acusado durante o processo, Aury Lopes Jr. chama atenção para a proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização do réu. A Presunção de Inocência tem a missão de coibir o *bizarro espetáculo* de exposição do acusado e do julgamento (precoce) midiático e social do fato criminoso e do processo judicial.

Quanto à figura do magistrado, sustenta LOPES Jr. (2012, p. 237):

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma posição positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Partindo da determinação legal de que todo processo será apreciado pelo juiz natural, o autor defende a **figura do juiz garantidor**, que constrói seu convencimento e orienta o processo com base em tal princípio constitucional, ao mesmo tempo em que rechaça a imagem do juiz-inquisidor.

Decorre também desse princípio, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não podem ser considerados os inquéritos e processos criminais sem trânsito em julgado, contra o acusado, para fins de dosimetria de pena<sup>7</sup>.

---

6 “Princípio da presunção de inocência. Aplicação de medidas coercitivas à liberdade antes de decisão transitada em julgado. Possibilidade, desde que preenchido o requisito da necessidade” (STF, 2ª T., HC 80.830-1, Rel. Maurício Corrêa, j. 5.3.2002, DJU, 28.6.2002, P. 142).

7 Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

### 2.2.1 As Prisões Cautelares e a Presunção de Inocência

O princípio aqui abordado adquire ainda maior importância no que se refere às prisões cautelares (temporária ou preventiva), que são modalidades de prisão sem pena, no sentido técnico-jurídico, ou seja, não decorre de uma sentença condenatória transitada em julgado. O Princípio da Presunção de Inocência é o instrumento que coíbe qualquer medida de coerção contra o acusado durante o processo, como forma de antecipação da pena.

O ordenamento jurídico brasileiro tem preferência por proteger a todo cidadão como inocente, posto que simultaneamente, assumo o risco de uma eventual impunidade de um culpável. Neste prisma, a liberdade é regra e a prisão é exceção.

No entanto, esse sistema de prisão processual, enquanto medida cautelar, busca assegurar o normal desenvolvimento do processo criminal ou a proteção à sociedade, e é norteado por um conjunto de princípios, requisitos e fundamentos cuja aplicabilidade e eficácia permitem a sua coexistência com a presunção de inocência. O Código de Processo Penal determina:

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.

O Supremo Tribunal Federal– STF já decidiu que a decretação da prisão preventiva é justificada pela real necessidade em decisão fundamentada (STF, 2ª Turma, HC 90.862/SP, rel. Eros Grau, *DJU*, 27.4.2007)

Aury Lopes Jr. (2012, p.779) faz uma crítica à doutrina tradicional quanto à análise teórica do requisito e do fundamento que autorizam a prisão cautelar. A doutrina clássica (citando como exemplo as lições de CALAMANDREI,1936) identifica o requisito e o fundamento, respectivamente no *fumu boni iuris*(fumaça do bom direito) e no *periculum in mora*(perigo na demora), e LOPES Jr. discorda:

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia.

O autor considera uma impropriedade jurídica e semântica de tais termos. Ora, a condição determinante para a decretação de uma prisão cautelar não é a

existência do direito da acusação imputada, mas sim uma probabilidade razoável de ter ocorrido o delito, ainda que não seja um juízo de certeza. Na sistemática do Código de Processo Penal: a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Logo, o correto é dizer que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, a fumaça da existência de um crime.

Outrossim, o *periculum in mora* não pode ser fundamento de uma prisão cautelar, pois o risco no processo penal, nesse caso, em nada tem a ver com a demora da prestação jurisdicional, ou seja, de uma sentença definitiva. O fator determinante aqui não é o lapso temporal, mas a situação de perigo eventualmente gerada pela conduta do acusado, seja para o normal desenvolvimento do processo, seja para a ordem pública. Assim sendo, o que deve fundamentar a decretação desse tipo de prisão é o *periculum libertatis*, enquanto perigo decorrente da liberdade do acusado.

Portanto, as hipóteses de prisões processuais são excepcionais e constitucionalmente previstas, devendo observar os requisitos e fundamentos legais. Fora dessas hipóteses, a prisão de um cidadão sem sentença condenatória é arbitrária e ilegal, caso em que poderá ser impetrado *habeas corpus* em favor do indivíduo, e a autoridade judiciária deve determinar o relaxamento dessa prisão (art. 5º, LXV, CF/88).

Em traços gerais, discorreu-se até aqui sobre o Princípio da Presunção de Inocência puramente, buscando-se revelar que ele, enquanto preceito expresso constitucionalmente é imprescindível ao processo criminal e possui força normativa plena. Nos próximos dois capítulos abordaremos o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, no sentido de demonstrar de que modo a decisão do Supremo Tribunal Federal- STF afetou o Princípio da Presunção de Inocência, conseqüentemente, contrariando bases de um sistema processual penal garantista.

### **3 A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No dia 17 de fevereiro do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, por 7 votos a 4, que é possível que o réu condenado em segunda instância inicie o cumprimento da pena de prisão, mesmo podendo recorrer aos tribunais superiores. Dessa forma, e alterando jurisprudência anterior sobre o assunto, o Plenário entendeu que a possibilidade de início de execução da pena confirmada em segunda instância não fere o Princípio da Presunção de Inocência.

É certo que há uma diferença técnico-jurídica entre os preceitos “ninguém será considerado culpado” e “ninguém será preso”, pois, como abordado em capítulo anterior, existem hipóteses de prisão excepcionalmente aplicáveis mesmo antes de uma condenação efetiva. No entanto, o que se discute aqui é o conceito de prisão no sentido de cumprimento de pena: no presente caso, o STF determinou que o início da execução da pena privativa de liberdade antes do exaurimento das instâncias não afronta a presunção de inocência.

Ora, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer dispositivo legal que se refere ao conceito de trânsito em julgado está adstrito à irrecorribilidade. Nesse sentido, o sistema não comporta grandes possibilidades interpretativas quanto a esse termo.

As disposições constitucionais são normas jurídicas que vinculam o Poder Judiciário. Diante disso, relativização interpretativa dessas normas, principalmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais, restringindo a esfera de proteção do indivíduo, gera riscos à segurança jurídica e ao Estado Democrático.

#### **3.1 O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292**

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Marcio Rodrigues Dantas, ajudante-geral, condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão pelo crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do Código Penal), a quem foi assegurado, em primeira instância, o direito de recorrer em liberdade. Depois da condenação pelo juiz singular, somente a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de

São Paulo que, além de negar provimento ao recurso, determinou a expedição de mandado de prisão contra o apelante.

Inconformada com o cerceamento da liberdade do réu, ante a expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a defesa impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça. O então Ministro Presidente do STJ indeferiu o pedido liminar apresentado, em decisão fundamentada da seguinte forma:

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, 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<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. 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.

O ministro Teori Zavascki, relator do processo no Supremo Tribunal Federal, entendeu que o início da execução da pena após a sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. De forma contrária entenderam o presidente da corte, o ministro Ricardo Lewandowski, a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, vencidos.

No início do seu voto, o ministro TeoriZawascki chama a atenção para a Súmula 691, do STF, segundo a qual, não cabe ao referido tribunal, de regra, conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão em outro *habeas corpus* requerido a tribunal superior, no qual não seobteve a liminar, sob pena de indevida supressão de instância. Não obstante, admitiu o conhecimento do pedido *in casu*, por se tratar de decisão excepcional e manifestamente ilegal:

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 HC84.078/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.

Prosseguindo, o relator alegou que tal possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF. Para tanto, citou e o julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira) de 1991, que decidiu “que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível”. Os fundamentos deste julgamento foram reiterados pelo HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, 1997.

O ministro apresenta diversos outros julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal – STF reafirmou o entendimento que o princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Dentre os quais: “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, DJ de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994”.

Ainda nessa linha, Zavascki refere-se às seguintes Súmulas do STF:

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.

Porém, essa jurisprudência foi modificada pelo Plenário no ano de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, momento no qual, por sete votos a quatro, assentou-se que o Princípio da Presunção de Inocência é incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

O relator admite a dúvida quanto à incriminação do acusado antes da sentença prolatada, o que leva a atribuir a este a Presunção de Inocência no curso de todo o processo ordinário criminal, respeitados todos os direitos e garantias a ele inerentes. No entanto, a condenação faz com que o juízo de culpa supere a Presunção de Inocência, já que é pressuposto inafastável para a condenação. Nesse sentido, Zavascki:

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*.

Teori Zavascki desenvolve tal entendimento com a justificativa de que é na primeira e segunda instâncias que se esgotam os exames de fatos e de provas, onde se assenta, se for o caso, a responsabilidade penal do réu, e onde se concretiza o duplo grau de jurisdição. Para o ministro, o recurso especial e extraordinário, para o STJ E STF, tem seu campo de cognição restrito à matéria de direito, e explica que:

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.

O relator revoca como exemplo desse entendimento, a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), que determina em seu art. 1º, I, que sentença condenatória por crimes nela relacionados, proferidas por órgão colegiado, é causa de inelegibilidade. Sendo assim, a Presunção de Inocência não impede a produção dos efeitos da sentença contra o acusado, mesmo antes do trânsito em julgado.

O Ministro salienta assunto tratado no cenário internacional, citando um estudo de Direito Comparado, de modo que em países como Inglaterra, Estados

Unidos, Canadá e Alemanha, o Princípio da Presunção de Inocência não obsta a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença. Menciona também o julgamento da Ministra Ellen Graciano HC 85.886 (DJ28/10/2005), segundo a qual “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendada Corte Suprema”.

Teori Zavascki insiste que os recursos de natureza extraordinária não objetivam especificamente analisar a injustiça de sentenças ou a culpa do condenado no caso concreto. Aliás, ao Supremo Tribunal Federal – STF compete conhecer recursos que tratem de questões que ultrapassem o interesse subjetivo da parte.

O Ministro ressalta que o Princípio da Presunção de Inocência, quando assegurado de forma absoluta, tem incentivado a sucessiva interposição de recursos pela defesa, muitas vezes com propósito protelatório, gerando até mesmo a prescrição da pretensão punitiva ou executória. Esse fenômeno tem sido freqüente, segundo o Ministro, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça.

Concluindo seu voto, Zavascki sustenta que cabe aos Tribunais Superiores, sobretudo ao STF, harmonizar o princípio em questão com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Desse modo, é favorável à modificação do entendimento da Suprema Corte, no sentido de que o início da execução da pena de prisão após sentença condenatória confirmada em segunda instância não fere o Princípio da Presunção de Inocência.

O Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhando Zavascki em seu entendimento, alega que o sistema punitivo brasileiro se encontra “desarrumado” do ponto de vista filosófico, normativo e jurisprudencial, e que tratar dessa matéria pelo Tribunal é um passo importante para tal “arrumação”.

Do ponto de vista dogmático, o Ministro entende que a Constituição Federal de 1988 pressupõe que na condenação de primeiro grau mantida em segunda instância, a materialidade e a autoria já estão demonstradas, quando no seu artigo 102 determina que cabe ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância” (Art. 102, inciso III, CF/88).

Nessa linha de entendimento, destaca que, do ponto de vista do texto constitucional, é nas instâncias ordinárias que são definitivamente resolvidas as questões fáticas e probatórias quanto à materialidade e autoria, invertendo-se assim o Princípio da Presunção de Inocência.

Barroso entende que o devido processo legal se substancia em dois graus de jurisdição, e lamenta que no Brasil, as decisões de primeiro grau tem perdido o prestígio e a autoridade, e as instâncias ordinárias passam a ser tidas como instâncias de passagem, uma vez que tudo sobe para o STJ e para o STF. No entanto defende que com essa nova orientação, restitui-se o prestígio da decisão de primeiro grau, sobretudo do acórdão do Tribunal de Justiça.

Barroso reitera o argumento de que obstar o início da execução da pena de prisão antes de esgotados todos os recursos, é dar caráter absoluto ao Princípio da Presunção de Inocência, e conseqüentemente, procrastinar um processo por muitos anos. Dessa forma, o Direito Penal acaba não alcançando uma das suas finalidades, que é a prevenção geral.

O Ministro relaciona a série de recursos meramente protelatórios interpostos pela defesa com o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, uma vez que quem tem condições de manter um advogado para interpor inúmeros recursos são os ricos. Ressalta que não pretende criticar o advogado, cuja atividade merece apreço e desempenha um papel fundamental para a realização da justiça, mas o sistema. Adverte ainda, que não é papel do advogado interpor uma série de recursos descabidos, buscando, por fim, uma prescrição e eventual impunidade do seu cliente. No entanto, é um papel que o causídico desempenha, justamente porque o sistema permite.

Por fim, Luís Roberto Barroso, embora intitulado-se defensor, em regra, das jurisprudências formadas, como forma de dar estabilidade aos precedentes, acredita que a mudança do entendimento atual é uma forma de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade. Sendo assim, adere ao voto do relator.

O Ministro Celso de Mello inicia seu discurso contrário à alteração da jurisprudência, dizendo que a presunção de inocência representa uma conquista histórica do cidadão na luta contra a opressão do Estado. O princípio foi expresso no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no art. 11 da

Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, de 1948, pela III Assembleia Geral da ONU.

Além destes, foi proclamado também em outros documentos internacionais de caráter regional como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul, de 1981, e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos, de 1990; e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

O Ministro argumenta que, a consagração constitucional da Presunção de Inocência como direito fundamental, resulta de um contexto histórico e do processo político de rompimento com os modelos autocráticos do passado e emancipação dos direitos básicos da pessoa humana. Esta, portanto, será considerada inocente para todos os efeitos, até o superveniente trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, independentemente da gravidade do delito a ela imputado. Nesse sentido, relembra a posição por ele exposta como relator no HC 96.219-MC/SP, DJE 15/10/2008.

Mello entende que a Presunção de Inocência está, de forma inequívoca, consagrada como direito fundamental expresso na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, e só perderá sua eficácia e sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, a cláusula constitucional não está exposta à interpretação e, ademais, relativizá-la vai de encontro aos padrões do regime democrático brasileiro.

O Ministro argumenta ainda que a impossibilidade do início da execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença não põe em risco o interesse da coletividade e do cidadão em particular, uma vez que o princípio não impede a prisão temporária ou preventiva, se presentes e comprovadas razões concretas que as justifiquem.

Finalizando seu voto, Celso de Melo destaca que a Lei de Execução Penal, também em contrapartida ao entendimento do Supremo, no seu art. 105, estabelece

que o trânsito em julgado da sentença condenatória é pressuposto indispensável de legitimação da execução da pena<sup>8</sup>.

O Ministro Marco Aurélio lamenta ser uma tarde infeliz para o Supremo Tribunal Federal – STF, em termos jurisdicionais, pois considera “os votos da Turma como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada”. Teme ainda, que esse entendimento prejudique o modelo garantista da Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, por Ulisses Guimarães, por justamente, tratar dos direitos sociais antes mesmo de tratar da estrutura do Estado.

Marco Aurélio reconhece a atual crise da Justiça Criminal e a morosidade do Estado nesse sentido, o que implica algumas vezes, como já foi dito, na prescrição da pretensão punitiva. Em contraponto, defende que, justamente pelo momento de crise é que se deve resguardar os parâmetros e valores do Supremo, ou seja, manter o seu entendimento, afastando assim a instabilidade da Justiça.

Desenvolvendo esse pensamento, o ministro argumenta que o caso do *habeas corpus* em questão não justifica a mudança do entendimento da Corte, dentre outros motivos, porque o Tribunal de Justiça de São Paulo – TJ-SP, ao negar provimento ao recurso (somente da defesa), determinou não uma prisão cautelar, mas a imediata execução da pena do réu que outrora tinha o direito de recorrer em liberdade, e explica:

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.

Marco Aurélio questiona a hipótese de a sentença condenatória ser alterada em grau de recurso, transmutando-se a condenação em absolvição de um réu que já está submetido à execução provisória: “a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa”, conclui.

---

<sup>8</sup> Lei 7.210/84, Art. 105: Transitando em julgado a sentença que aplicar a 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.

Por fim, vota o Presidente da casa, o ministro Ricardo Lewandowski, que mantém sua posição de longa data, prestigiando o Princípio da Presunção de Inocência. O ministro refere-se ao voto por ele proferido no HC 84.078, relatado Ministro Eros Grau, defendendo que o princípio em questão é absolutamente taxativo, categórico e impassível de interpretação.

Lewandowski alega que abrandar esse princípio constitucional, facilitaria a entrada de mais pessoas no que ele chama de inferno de Dante, reportando-se ao sistema prisional brasileiro, e acrescenta:

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.

Finalmente, e embora louvando os argumentos dos Ministros que denegaram a ordem de habeas corpus, o Ministro Presidente mantém sua posição e acompanha os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e da Ministra Rosa Weber, concedendo a ordem.

### **3.2 REPERCURSSÃO DA DECISÃO EM OUTROS ÓRGÃOS**

A histórica alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal– STF gerou importante discussão, e conseqüente, divergência acerca da decisão entre advogados, juízes, Ministério Público, dentre outras classes de juristas. Questionou-se não somente a limitação dos direitos e garantias fundamentais, como também a crise no sistema prisional brasileiro e a leviandade conferida aos recursos extraordinários.

O Procurador-geral da República, Rodrigo Janot, em sustentação oral no próprio julgamento, defendeu a possibilidade da execução da pena confirmada em segunda instância, como sendo um passo decisivo contra a impunidade no Brasil. Segundo ele, nas primeiras instâncias já estão definidas a materialidade e autoria do

delito, somente é levada para os Tribunais Superiores discussão sobre questão jurídica.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em nota, expressou respeito à decisão do Supremo, no entanto manteve sua posição histórica sobre o assunto. Considera que em defesa dos direitos e garantias individuais, o princípio da presunção de inocência não permite a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença, e remata:

A entidade respeita a decisão do STF, mas entende que a execução provisória da pena é preocupante em razão do postulado constitucional e da natureza da decisão executada, uma vez que eventualmente reformada, produzirá danos irreparáveis na vida das pessoas que forem encarceradas injustamente. Não se pode deixar de levar também em consideração o alto índice de reforma de decisões de segundo grau pelo STJ e pelo próprio STF. Nesse cenário, o controle jurisdicional das cortes superiores mostra-se absolutamente necessário à garantia da liberdade, da igualdade da persecução criminal e do equilíbrio do sistema punitivo, ao que a Ordem permanecerá atenta e atuante.

A seção de São Paulo da OAB também considera a decisão da Corte um atropelo às garantias constitucionais, e um retrocesso das conquistas trazidas pela Constituição de 1988 em termos de democracia. Ressalta ainda que a alteração da jurisprudência fere, além do Princípio da Presunção de Inocência, os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, bem como os recursos inerentes.

A OAB/SP frisa que o ordenamento jurídico brasileiro permite, em casos excepcionais e de absoluta necessidade, a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da decisão, e alega que nesse caso, a exceção tornou-se regra. Lembra, por fim, a proposta de emenda constitucional encaminhada pelo próprio STF ao Congresso Nacional, cujo conteúdo era justamente a permissão de execução provisória de sentenças criminais, que não foi aprovada pelo Poder Legislativo.

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em contrapartida, julga que essa alteração jurisprudencial é um passo importante para preservar as garantias constitucionais, no sentido de dar maior celeridade aos processos e o necessário reconhecimento das sentenças prolatadas pelos juízes de primeiro e segundo grau. Ademais, ressalta que em países tradicionalmente democráticos como Alemanha, França e Estados Unidos, em que pese comportarem o Princípio da Presunção de Inocência nos seus ordenamentos jurídicos, admitem o

cumprimento da pena mesmo antes de esgotados os recursos aos Tribunais Superiores.

Em nota oficial, a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais– ANADEF manifestou contrariedade e tristeza, e também considerou a decisão do STF um retrocesso jurídico constitucional e jurisprudencial, e uma derrota para o garantismo penal. Alega que, como garantia, a Presunção de Inocência não tem caráter absoluto e já é mitigada pelas hipóteses de prisões cautelares, mesmo assim, a Suprema Corte mitigou ainda mais esse princípio. A ANADEF receia que, como efeito prático desta decisão, agrave-se ainda mais a crise no sistema penitenciário brasileiro, uma vez que os condenados em segunda instância que atualmente aguardam apreciação dos recursos em Tribunais Superiores podem ser imediatamente recolhidos à prisão.

#### 4 O STF COMO “GUARDIÃO” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal – STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, nasceu com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, com a função principal de defendê-la, por meio da revisão da constitucionalidade das leis. Na atribuição de suas incumbências, propôs-se o modelo europeu de um Tribunal Constitucional, com competência específica de conhecer os litígios constitucionais<sup>9</sup>.

Na CF/88, as competências do STF estão definidas nos artigos 102 e 103, e podem ser classificadas em originária, casos em que lhe cabe analisar a questão em única instância, ou recursal, que como o próprio nome sugere, é a análise de recursos em última instância.

O STF funciona como guardião da Constituição, no sentido de garantir a prevalência das normas constitucionais em todo o ordenamento jurídico, defender o Estado Democrático de Direito, garantir o equilíbrio entre o Estado e a sociedade e o bom funcionamento dos poderes públicos e, principalmente, garantir a supremacia dos direitos e garantias fundamentais<sup>10</sup>. Diversas vezes o *caput* do art. 102 da CF/88 fundamentou decisões da Suprema Corte, como por exemplo:

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental<sup>11</sup>

---

9 (SHCLAICH, 1984, p.134, *apud* MORAES, 2014, p.571)

10 (FAVOREL, 1984, p.22-23, *apud* MORAES, 2014, p. 572)

11(ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, DJE de 20-8-2010.)

Nessa linha de pensamento, entende-se que o Supremo Tribunal Federal – STF tem legitimidade e liberdade para interpretar o texto constitucional no intuito de proteger os direitos e garantias fundamentais do cidadão, nunca para restringir estes:

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (HC 91.361, rel. min.Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009)

O Supremo Tribunal Federal é um instituto Constitucional, não Político. KELSEN (2006, p.135) no seu modelo de Tribunal Constitucional, entende que este funcionaria como um “legislador negativo”, ou seja, não pode criar leis, mas pode retirá-la do ordenamento jurídico (revogar, total ou parcialmente) se entender que afronta alguma norma constitucional, possibilitando a plena eficácia da Carta Maior<sup>12</sup>. No entanto, no que concerne ao HC 126.292, ponto principal do presente estudo, o que se observou foi uma decisão que afrontou o Princípio da Presunção de Inocência constitucionalmente previsto, o que, obviamente, restringiu a esfera jurídica do cidadão.

#### **4.1 ENTENDIMENTOS ANTERIORES DO STF EM CONSONÂNCIA COM A CF/88**

Com a decisão proferida no *Habeas Corpus* 126.292, o Supremo Tribunal Federal alterou sua própria jurisprudência anterior sobre o assunto. Em janeiro de 2009, no *Habeas Corpus* 84.078-7, impetrado em favor de um preso condenado por tentativa de homicídio duplamente qualificado, pelo Tribunal do Júri de Passos (MG), a sete anos e seis meses de prisão. Tendo como relator o Ministro Eros Grau, por sete votos a quatro, o Supremo decidiu que o condenado só poderia ser preso com o trânsito em julgado da sentença. A Suprema Corte entendeu que a execução

---

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 135.

provisória da pena de prisão, enquanto pendentes recursos a instâncias superiores, violaria o art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, quanto ao Princípio da Presunção de Inocência. Segue a decisão, em parte:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. [...] A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (HC 84.078-7, rel. min. Eros Grau, julgamento em 5-2-2009, Primeira Turma, *DJE* de 6-2-2009)

Além do art. 5º, LVIII da CF/88, foi citada a Lei de Execução Penal, que condiciona a pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Antes disto, a prisão só pode ser decretada a título de medida cautelar. Outro argumento que justificou a decisão foi a proteção ao Princípio da Ampla Defesa, que permeia todas as fases do processo, inclusive a recursal.

Parafraseando o ex-ministro da Casa, Evandro Lins, o relator declarou que “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, e se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. E finalizando a decisão, Eros Grau defendeu:

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

Por ocasião deste julgado, a ministra Carmem Lúcia, que no julgamento do HC 126.292 votou a favor da mudança de entendimento, defendeu a prevalência do “princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas”. Ora, o que se verificou na decisão de fevereiro de 2016 foi, justamente o retrocesso para reduzir um direito fundamental do cidadão, fenômeno receado pela jurista, em 2009.

#### 4.1.1 Julgados do STJ em defesa do Princípio da Presunção de Inocência

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em regra, defende que a execução da pena de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ofende ao Princípio da Presunção de Inocência. É o que se observa do seguinte julgamento em 2014:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

“[...] Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

*In casu*, existe manifesta ilegalidade, pois a expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.” (STJ - HC: 302329 SP 2014/0214226-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/10/2014)

Trata-se do *Habeas Corpus* Nº 302.329, impetrado em favor de Beatriz Jesus Silva, em face da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. A paciente recebeu inicialmente a sentença desclassificatória de posse de drogas. A acusação apelou, tendo sido provido o recurso, e a sentença reformada para tráfico de drogas, condenando a paciente a cinco anos de reclusão em regime fechado, bem como expedindo mandado de prisão. No presente processo, embora não tenha sido conhecido o Habeas Corpus, por inadequação da via eleita, a ordem

foi concedida de ofício, a fim de que a paciente pudesse aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

A mesma linha de entendimento se verifica no julgamento do Habeas Corpus Nº 146.476 - SP, em 2010:

HC LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12, CAPUT DA LEI 6.368/76 C/C O ART. 62, I DO CPB). PENA TOTAL: 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ACUSADA QUE PERMANECEU SOLTA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ E STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. ELEVADA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (68 KG DE MACONHA). REGIME PRISIONAL ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DIVERSA QUE DEMANDARIA AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA PERMITIR QUE A PACIENTE AGUARDE EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DE SUA CONDENAÇÃO. Esta Corte, acompanhando entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP).” (STJ - HC: 146476 SP 2009/0172984-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 13/04/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2010)

No caso em tela, o HC foi impetrado em favor de Vania Ribeiro das Neves, condenada a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão em regime fechado, e 233 dias-multa, também por tráfico de drogas, com o direito de recorrer em liberdade. Desta vez, a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que proveu parcialmente o recurso, afastando a necessidade de regime integralmente fechado, excluindo causa de aumento de pena, e reduzindo a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 175 dias-multa. No entanto, expediu mandado de prisão. O STJ, reconhecendo o constrangimento ilegal, concedeu parcialmente a ordem para que a paciente pudesse aguardar o trânsito em julgado da sentença em liberdade.

## 4.2 O APELO POPULAR *VERSUS* A SEGURANÇA JURÍDICA

A decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, como verificado, repercutiu de diversas maneiras na sociedade que, em geral, talvez por desconhecimento jurídico, ou influenciada pelo atual momento de crise política do país<sup>13</sup>, comemorou o entendimento.

O principal argumento utilizado por quem celebrou a mudança da jurisprudência é que, assim como afirmou o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, “foi um passo decisivo contra a impunidade no Brasil”. Porém, este fenômeno é questionável, juridicamente falando, uma vez que o Brasil está em 4º lugar no ranking dos países com maior população carcerária do mundo<sup>14</sup>, ou seja, não se pode falar em problema de impunidade na quarta nação onde mais se prende.

Ademais, a impunidade, enquanto questão de política criminal, careceria eventualmente de uma mudança no sistema por meio do Poder Legislativo. Não cabe ao STF, enquanto “legislador negativo” diligenciar para resolver este problema, principalmente restringindo normas instauradoras de direitos fundamentais. Por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, um argumento fático como a “impunidade” não pode justificar a restrição de um preceito constitucional.

Como argumentou o Ministro Fux, o fato de um réu poder recorrer em liberdade, mesmo tendo a sentença condenatória confirmada em segunda instância, não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja a presunção de inocência. O povo não considera como inocente um réu “que não para de recorrer”. No entanto, o entendimento técnico-jurídico, doutrinário, é que o princípio da presunção de inocência atravessa toda a persecução penal, desde a fase pré-processual, de investigação policial, até a fase recursal.

A diferença entre os posicionamentos dos ministros é razoável. Contudo, há de se reconhecer o teor ideológico de tais argumentos. Alguns fundamentaram sua argumentação à luz de uma democracia constitucional, considerando a aplicação do

---

<sup>13</sup> A decisão do STF poderá repercutir profundamente na “Operação Lava-Jato”, pois a tese de execução antecipada da pena é defendida pelo juiz da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, Sergio Moro, condutor dos processos. Desse modo, à interpretação do entendimento da Suprema Corte, os réus condenados pelo juiz federal, que tiverem sentença confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, poderão imediatamente dar início ao cumprimento da pena de prisão. A decisão também foi comemorada pelos Procuradores da República Vladimir Aras e Deltan Dallagnol, coordenador da Lava-Jato.

<sup>14</sup> Fonte: INFOPEN, junho/2014.

Princípio da Presunção de Inocência enquanto garantia assegurada aos cidadãos em face de eventuais decisões dos Tribunais. Outros argumentaram com base no senso comum, numa concepção própria do que deve ser considerado justo. Em outros termos, os argumentos proferidos pelos ministros a favor da mudança da jurisprudência, mais parecem um discurso implacável, repleto de clamor social.

Há de ressaltar que a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer os Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente no que concerne ao inciso LVII do art. 5º, desejou atribuir ampla proteção ao cidadão em face do ímpeto punitivo e autoritarismo do Estado. É também da correta observância dos preceitos constitucionais que depende a segurança jurídica, seja para o Estado, seja para a sociedade.

Como fica a segurança jurídica com o fato de o Supremo Tribunal Federal – STF ponderar um preceito constitucional para prejudicar o jurisdicionado, baseado em uma argumentação pouco técnica e mais trivial? Ainda que a Presunção de Inocência seja ponderável, seria necessário um forte ônus argumentativo por parte dos aplicadores do Direito, não baseado em brado social ou conceito ideológico de “justiça”. Ainda que este princípio esteja sujeito à ponderação, é inaceitável que seu conceito seja relativizado para restringir a esfera de proteção jurídica do indivíduo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como princípio constitucional, a Presunção de Inocência fixa uma regra de que antes de sentença condenatória transitada em julgado, ninguém será considerado culpado nem sofrerá execução de pena. Há de ressaltar que o que faz uma determinada norma ser considerada um “Princípio” é o grau de importância dela dentro de um ordenamento jurídico. Não se deseja com isso, impor a ideia de que todo princípio tem caráter absoluto e imponderável, pois existe margem interpretativa.

No entanto, por se tratar de uma previsão normativa estabelecida entre os *Direitos e Garantias Fundamentais* da Constituição Federal de 1988, e estar sendo analisada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, o guardião desta Constituição, o que se esperava é que tal princípio fosse interpretado de maneira mais protetiva à esfera jurídica e à liberdade do cidadão. Infelizmente, não foi o que ocorreu. Viram-se feridos os princípios da Presunção de Inocência, tão defendido pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, juntamente com o da máxima efetividade das normas constitucionais.

A Suprema Corte decidiu que o início da execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença, não afronta o Princípio da Presunção de Inocência, modificando sua própria jurisprudência anterior. Ocorreu um retrocesso na tutela dos Direitos Fundamentais.

Teori Zavascki, ao argumentar favoravelmente à decisão, alega que após o julgamento em segunda instância, não podem ser revistas as matérias fáticas e probatórias, ou seja, tais matérias se tornariam imutáveis e insuscetíveis de alteração por vias de recurso. Com esse argumento, o STF estaria relativizando também o conceito de “trânsito em julgado”. Existiria, pois, um trânsito em julgado da situação fática e um trânsito em julgado da situação jurídica?

O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, contrário ao novo entendimento, alega que a relativização desse princípio facilitará a entrada de mais pessoas no que ele chama de “Inferno de Dante”, referindo-se ao Sistema Carcerário brasileiro. Recorde-se que em 2015, a “situação vexaminosa” (palavras do ministro Marco Aurélio, relator do processo) do Sistema Prisional foi discutida e reconhecida pelo Supremo, quando do julgamento da ADPF 347. A Suprema Corte, por sua maioria determinou, entre outras medidas, que os juízes e Tribunais

viabilizem, em até noventa dias, audiências de custódias dos presos; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão<sup>15</sup>. Diante disso, foi no mínimo incoerente por parte do Supremo, decidir posteriormente, de modo a aumentar o número de aprisionados.

O ministro Luís Roberto Barroso, em síntese, apresenta o argumento da seletividade do sistema jurisdicional, no sentido de que os réus ricos é que tem condições de pagar advogados para interpor recurso sobre recurso, protelando assim a atividade punitiva do Estado. *Data vênia*, é questionável o raciocínio de que a presente decisão destruirá a seletividade do Judiciário brasileiro.

Explica-se: em junho de 2010 foi sancionada a Lei da Ficha Limpa, projeto de iniciativa popular que, dentre outras medidas, determinava que o político condenado em segunda instância ficasse inelegível por oito anos. Pois bem, no mês seguinte, em decisão individual, o ministro do STF Gilmar Mendes concedeu liminar para que o senador Heráclito Fortes (DEM-PI), condenado em segunda instância por improbidade administrativa, pudesse concorrer à reeleição<sup>16</sup>.

Em comparação com o presente caso, de um *Habeas Corpus* impetrado em favor de Marcio Rodrigues Dantas, ajudante-geral, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo circunstanciado, no qual foi restringido o Princípio da Presunção de Inocência para permitir que o paciente fosse para a prisão antes do trânsito em julgado da sua sentença, pode-se acreditar na ideia de diminuição do caráter seletivo do Poder Judiciário?

Para o jurista Luis Flávio Gomes,

O STF deu um recado contundente: tende a aplicar a ‘tolerância zero’ contra as bandalheiras da delinquência econômica cleptocrata (DEC), leia-se, contra as pilhagens, corrupção e outras roubalheiras dos poderosos que governam a nação ou que contam com nefasto poder de influência sobre essa governança (desde logo, poderes econômicos e financeiros)<sup>17</sup>.

No entanto, a decisão de relativizar o princípio da presunção de inocência de deu por ocasião do processo de Marcio Rodrigues Dantas, ajudante-geral, e não do

---

15 (ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015.)

16 PASSOS, N. Decisão do STF aumenta seletividade da justiça brasileira. 21 fev. 2016. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Decisao-do-STF-aumenta-seletividade-da-justica-brasileira/4/35530> Acesso em: 18 abr. 2016.

17 GOMES, L.F. Execução Provisória da Condenação. Tolerância Zero com os réus da Lava-Jato? E os Demais Condenados no País? 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-demais-condenados-no-pais/>> Acesso em: 18 abr. 2016.

Senador Heráclito Fortes! Ressalte-se mais uma vez a seletividade da atividade punitiva estatal.

Diante do estudo do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292-SP, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, o objetivo proposto foi alcançado, uma vez que a pesquisa desenvolveu-se numa estrutura lógica, dotada de métodos bibliográficos, histórico-evolutivo e exegético-jurídicos, no sentido de demonstrar a discrepância entre a função constitucional do STF e a específica decisão *in casu*, por ele proferida.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Nota Pública sobre a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado.** Publicado em 18 fev de 2016. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=26371>>. Acesso em 23 abr de 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS FEDERAIS. **Nota Oficial da ANADEF.** Publicado em 18 fev de 2016. Disponível em: <<http://www.anadef.org.br/component/content/article/1-latest-news/4042-nota-oficial-da-anadef>>. Acesso em 23 abr de 2016.

BECCARIA, Cesare. **De los Delitos y de las Penas.** Trad. Juan Antonio de las Casas. Madri: Alianza, 1996.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Brasileiro.** São Paulo: QuartierLatin, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, P. C. **Direito de Defesa: Deixem em paz o princípio da presunção de inocência.** Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia#\\_ftn1](http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia#_ftn1)> Acessado em: 24 de abr de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1989.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL.** Relator: Min. TeoriZawascki. Acórdão, 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”.** Relator: Min. Eros Grau. Acórdão, 05/02/2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA.** Relator: MIN. Maria

Thereza de Assis Moura. Acórdão, 07/10/2014. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153308808/habeas-corpus-hc-302329-sp-2014-0214226-5>>. Acesso em 28 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12, CAPUT DA LEI 6.368/76 C/C O ART. 62, I DO CPB). PENA TOTAL: 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO.** Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Acórdão, 13/04/2010. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9217188/habeas-corpus-hc-146476-sp-2009-0172984-8>>. Acesso em 28 abr. 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzioniallo Studio Sistematico dei Provedimientocautelari*. Pádova: CEDAM, 1936.

CASTRO, D. C. **Estado de Inocência e a Ordem Pública: Prisão Preventiva e Violação de Direitos Humanos**. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em:<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2016.

DECRETO-LEI Nº 88, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1938. Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=103218&tipoDocumento=DEL&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 25 abr. 2016.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 25 abr. 2016.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 25 abr. 2016.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Escrito em 1376, revisado e ampliado por Francisco de La Peña em 1578. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula, et. al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, L.F. **Execução Provisória da Condenação. Tolerância Zero com os réus da Lava-Jato? E os Demais Condenados no País?** 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-demais-condenados-no-pais/>> Acesso em: 18 abr. 2016.

HACHEM, D.W. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (E OS FUNERAIS DO Estado Democrático de Direito)**. *Direito do Estado*. Fev de 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 20 abr. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 135.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1951. 5.t.

MARTINEZ, A. L. B. **Os princípios de interpretação constitucional e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal**. *Jus Navigandi*. Mar de 2012. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21213/os-principios-de-interpretacao-constitucional-e-sua-utilizacao-pelo-supremo-tribunal-federal/2>. Acesso em 18 abr. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Nota da OAB em defesa das garantias individuais**. Publicado em 17 fev de 2016. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/noticia/29310/nota-da-oab-em-defesa-das-garantias-individuais>>. Acesso em 23 abr de 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SÃO PAULO. **Nota: OAB SP vê retrocesso na decisão do STF permitindo pena antes de sentença definitiva**. Publicado em 18 fev de 2016. Disponível em:<<http://www.oabsp.org.br/noticias/2016/02/nota-oab-sp-ve-retrocesso-na-decisao-do-stf-permitindo-pena-antes-de-sentenca-definitiva.10644>>. Acesso em 23 abr de 2016.

PASSOS, N. **Decisão do STF aumenta seletividade da justiça brasileira**. 21 fev. 2016. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Decisao-do-STF-aumenta-seletividade-da-justica-brasileira/4/35530> Acesso em: 18 abr. 2016.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.