



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

JÉSSICA LIMA CAVALCANTI RAMOS

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ANÁLISE DO SEU ALCANCE
APÓS O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

SOUSA - PB

2017

JÉSSICA LIMA CAVALCANTI RAMOS

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ANÁLISE DO SEU ALCANCE
APÓS O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande-UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Maria de Lourdes Mesquita.

SOUSA - PB

2017

JÉSSICA LIMA CAVALCANTI RAMOS

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ANÁLISE DO SEU ALCANCE
APÓS O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande- UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Maria de Lourdes Mesquita.

Data da aprovação: 16/03/2017

Banca examinadora:

Prof.^a Esp. Maria de Lourdes Mesquita
Orientadora

Prof.Dr. Eivaldo Moreira Barbosa

Prof.Me. José Idemário Tavares de Oliveira

Dedico

*A minha mãe,
meu amor eterno.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por estar sempre ao meu lado em todos os momentos da minha vida, principalmente durante esses cinco anos cruciais para o meu desenvolvimento e meu amadurecimento pessoal e profissional.

Agradeço a minha mãe por todo o apoio, companheirismo e amor. Você é a pessoa mais importante da minha vida. Se eu cheguei até aqui foi graças e por você. Ao meu pai (*in memoriam*) o meu amor e admiração eterno. Sei que de onde estás cuida de mim.

Também de fundamental importância na minha vida, não poderia deixar de agradecer as minhas tias, em especial a minha madrinha, por todo o apoio, força e por me incentivarem a querer e ser sempre melhor.

As minhas sete irmãs Jaqueline, Maira, Vanessa, Valéria, Natália, Monalisa e Amélia não há palavras suficientes para que eu consiga agradecer por estarem presentes nessa caminhada. Vocês foram minha família e meu porto seguro. Esses anos juntas me tornaram uma pessoa melhor e devo isso em grande parte a vocês. O meu amor e admiração eternos e que vocês permaneçam sempre na minha vida.

As minhas primas, o meu maior agradecimento por toda torcida, apoio e por confiarem tanto em mim. Saibam que se hoje eu acredito que posso realizar tudo o que eu sonhei, isso é graças a confiança que vocês depositam em mim.

A Vinicius e Gabriel, meus irmãos de coração e de vida. Saibam que vocês foram a minha maior saudade durante esses anos de faculdade. A vocês, todo o meu amor e o meu carinho. Amo vocês.

A todos os meus amigos, em especial a Débora, Lara e Rômulo. Eu não sei o que seria da minha vida se vocês não estivessem presentes nela. Obrigada por todo apoio, ajuda, conselhos e amor, mesmo à distância.

À minha orientadora e exemplo de profissional, professora Lourdinha Mesquita, por todas as conversas e risadas, por toda tranquilidade transmitida nos momentos de aflição e pela orientação impecável que despendeu para o decorrer deste trabalho.

Ao meu amigo e “ex chefe” Rafael, por todo o cuidado, atenção e carinho. O ano em que eu passei estagiando no Ministério Público não me ofereceu apenas

uma grande quantidade de conhecimento, me deu de presente um amigo de verdade, daqueles que cuida e que está sempre ao seu lado. Obrigada por toda a atenção, por me ajudar sempre que eu precisei. Saiba que vou te levar pra sempre dentro do meu coração.

Não poderia deixar de agradecer a minha amada turma, por todo o companheirismo vivenciado durante esses anos. Sei que a vida reserva um futuro lindo a cada um de nós e sou grata por tudo que aprendi com cada um de vocês. Obrigada por todas as risadas, brigas, aflições, porres, tudo. A vocês, o meu agradecimento e minha saudade.

Por fim, aos demais que de alguma forma contribuíram para que eu alcançasse essa conquista, nunca esquecerei o que fizeram por mim. A minha eterna gratidão.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a análise do princípio da presunção de inocência frente ao novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal após o julgamento do HC 126.292/SP e a ADC nº43 e 44. O assunto desenvolvido tem como título “O princípio da presunção de inocência – análise do seu alcance após julgamento do HC 126.292/SP”. O estudo norteou-se nos seguintes objetivos: analisar o princípio da presunção de inocência, seu conceito, surgimento, como é tratado no direito internacional e sua influência no processo penal, bem como os fundamentos contrários e a favor que embasaram a alteração do precedente até então adotado pela Suprema Corte; tecer comentários sobre alguns aspectos imprescindíveis para a compreensão do tema, como: dever de tratamento, prisões cautelares, duplo grau de jurisdição e o recurso especial e extraordinário, recursos protelatórios e suas consequências, execução provisória da pena e críticas ao novo posicionamento adotado. Para isso, fora utilizado o método dedutivo e bibliográfico consistente na pesquisa em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, espécies normativas e na própria Constituição Federal de 1988. Cumpre salientar que a temática é relevante, haja vista que surgiu no ordenamento jurídico vários posicionamentos, contrários e a favor deste precedente, gerando uma insegurança jurídica. Ao final da pesquisa, houve a confirmação da problemática e da hipótese elaborada, quais sejam: problema - Qual deve ser o alcance dado ao princípio da presunção de inocência com a finalidade de garantir a proteção da dignidade humana e a efetividade do processo criminal? Hipótese: a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal é uma forma legal e efetiva de aliar o princípio da presunção de inocência com o princípio do devido processo legal e eficácia da jurisdição penal.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Execução provisória da pena. Recurso Extraordinário e Especial.

ABSTRACT

This work is subject to legal and social analysis of the right to freedom of expression in social networks. In that way it is found that the fundamental rights, among which is part of freedom of speech, shown as the cornerstones of a democratic state, highlighting the Major Law, as well as infraconstitutional legislation. It is worth mentioning that, despite the importance that it has the right to freedom of expression does not have absolute nature, being mitigated in favor of other equally fundamental rights, finding in the law limits on their applicability. It happens that the existing gaps in the laws make the judicial power entrusted with the resolution of these apparent conflicts of norms. It is recorded that the research at issue deals with the right mentioned under the virtual sphere, especially in the use of social networks, virtual tools that every day, have been gaining room in the legal and social context. Considering the social networks, freedom of expression in shown as one of the ways users find to express their opinions, thoughts, among others. Hence, we ask what is the best criteria adopted in order to bring a less harmful solution to the existing collision between the fundamental right to freedom of expression and other fundamental rights also protected, with emphasis on the rights relating to personality. This work shows the principle of proportionality as essential to end up conflicts, toward optimizing and not excluding any of the rights involved. Furthermore, it demonstrates the position of the courts on the subject, and the difficulty caused by the lack of specific legislation. Starting from this premise, the consequent analysis of legal and social consequences of exercising the right to freedom of expression in social networks is considered the overall goal and to achieve it, it is used the deductive method as a method of approach. Moreover, it is used the usual methods of literature search and data collection. As well as a method of procedure, there is the historical-evolutionary and comparative. Based on the foregoing, it is clear that the need to thoroughly study each reported point, so you can understand the risen goal.

Keywords: Principle of presumption of innocence or not guilty. Provisional execution of sentence. Extraordinary and Special Appeal.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE	12
2.1 HISTÓRICO	12
2.2 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS	14
2.3 DIREITO COMPARADO: O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TRATADOS E DIREITOS INTERNACIONAIS.....	18
3 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE NO PROCESSO PENAL	21
3.1 DEVER DE TRATAMENTO	21
3.2 PRISÕES CAUTELARES.....	23
3.3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.....	26
4 O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E OS ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	29
4.1 NOVO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF APÓS O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP	29
4.2 MANUTENÇÃO DO POSICIONAMENTO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44	36
5 O REAL ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APÓS A ADOÇÃO DO NOVO PRECEDENTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
5.1 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO PENAL.....	44
5.2 RECURSOS PROTETÓRIOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL	46
5.3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	49
5.4 CRÍTICAS AO NOVO ENTENDIMENTO	51
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência fora previsto pela primeira vez de forma expressa na Constituição de 1988, dispondo no seu artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nota-se que o poder constituinte estabeleceu que o marco inicial para que um indivíduo seja considerado culpado é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando há uma decisão ou acórdão em que não se pode mais recorrer, seja por já ter passado por todos os recursos cabíveis e possíveis, seja porque o prazo para recorrer terminou.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal vem debatendo o momento mais adequado para o início do cumprimento da pena, quando condenado, aliando o princípio mencionado e a efetividade do processo penal. Para tanto, no julgamento do HC 126.292/SP, a Suprema Corte passou a entender que o cumprimento da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que ainda sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção de inocência.

Novamente instado a se pronunciar sobre a concessão das liminares pleiteadas na impetração das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, o STF manteve o seu entendimento quanto à possibilidade da execução da pena, ainda que pendentes recursos de natureza extraordinária.

Pois bem, apesar desse novo entendimento não possuir caráter vinculante, muitos Tribunais de Justiça vem aplicando tal precedente e decretando o início do cumprimento da pena, após proferir acórdão condenatório. Ademais, ainda que não tenha aplicação imediata pelo Tribunal, chegando um possível recurso extraordinário na Suprema Corte, certamente o relator aplicará ao caso concreto o novo entendimento adotado. Isto posto, decorre a necessidade da realização de um estudo aprofundado sobre o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, bem como de todos os fundamentos nelas mencionados.

Sendo assim, esta pesquisa tem como objetivo estudar de forma detalhada o princípio da presunção de inocência, o seu surgimento e a sua influência no sistema

penal brasileiro e analisar o novo precedente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o alcance deste postulado constitucional, buscando compreender a sua finalidade, bem como os seus principais fundamentos.

O presente trabalho utilizará o método de abordagem dedutivo e bibliográfico, visto que buscará fundamentação em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, além das espécies normativas e a Constituição Federal de 1988.

Para facilitar a compreensão do tema, o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro aborda o princípio da presunção de inocência, seu conceito, características e como esse princípio é utilizado em outras nações. O segundo capítulo trata da influência do princípio da presunção de inocência no processo penal em relação ao dever de tratamento que deve ser despendido ao acusado, bem como sobre as prisões de natureza cautelar.

O terceiro capítulo aborda todos os fundamentos, contrários e favoráveis a mudança e manutenção desse novo precedente, com o julgamento do HC 126.292/SP e da ADC nº 43 e 44. Por fim, o quarto e último capítulo analisará a nova interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao alcance dado ao princípio ora estudado, atrelado à razoável duração do processo, à inibição dos recursos protelatórios e, ao final, é realizada uma breve análise dos fundamentos daqueles que se opõe ao novo precedente adotado pela Suprema Corte.

Em relação à problematização, vale salientar que toda atividade desenvolvida tende a confirmação do problema a ser solucionado nessa pesquisa: qual alcance deverá ter o princípio da presunção de inocência de modo que garanta todos os direitos a ele inerentes, ao passo que seja garantido também outros princípios constitucionais como o devido processo legal e a eficácia da jurisdição penal?

Ao final, chegou-se a seguinte hipótese: O novo precedente adotado pelo Supremo Tribunal Federal é meio eficaz e legal de alinhar o princípio da presunção de inocência com a eficácia do processo penal. Isto porque, todos os direitos inerentes ao postulado da presunção de inocência estão resguardados até o acórdão condenatório de segundo grau, momento em que a culpa deixa de ser presumida e passa a ser real, devendo o agente iniciar a execução provisória da sua pena.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, surge como uma garantia processual que visa proteger os indivíduos que se encontram respondendo um processo criminal.

Dada a sua importância como direito/garantia fundamental, neste primeiro momento se faz importante analisar o seu surgimento, sua conceituação e características, bem como o modo como este princípio vem sendo aplicado em outras nações.

2.1 HISTÓRICO

Desde o início dos tempos o ser humano viola as regras de convivência. (FARACHE, 2015). Inicialmente a ideia de castigo não era a mesma compreendida no sentido jurídico dos dias atuais, as pessoas que cometiam essas condutas eram excluídas do seu clã por acreditarem que, não fazendo isso, a ira dos deuses se voltaria contra todo o seu povo. Posteriormente, começou a vigorar a justiça pelas próprias mãos, que na verdade correspondia a uma autêntica forma de agressão.

Entre os séculos XIII e XVIII perdurou por toda a Europa Continental o chamado “Sistema Inquisitivo”, cuja terminologia é derivada da Santa Inquisição, onde os “hereges” eram perseguidos e julgados por proclamar dogmas contrários a Igreja Católica. Nessa época, a prisão era regra e detinha o julgador o papel de acusação e defesa, não restando ao acusado nenhuma forma efetiva de proteção. (FARACHE, 2015).

Como resposta as barbáries ocorridas nessa época, surge no Estado Absolutista o princípio da não culpabilidade, visando a proteção dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado. Com a ascensão da burguesia e o início do movimento iluminista, essas ideias ganharam ainda mais força. Desta época, cita-se as preciosas lições de Cesare Beccaria, afirmando que “a presteza do julgamento é justa ainda porque, a perda de liberdade sendo já uma pena, esta só

deve proceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige.” (BECCARIA, 2002, p.106).

Em 1789, durante a Revolução Francesa tal princípio ganhou força, sendo elencado como um princípio fundamental aos direitos humanitários, culminando na previsão expressa do artigo 9, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que: “Todo acusado é declarado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), outro documento internacional que versa sobre o tema, fora adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, e dispunha no seu artigo 11.1 que: “Todo ser humano 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”.

Por fim, na Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969), mais conhecida com o Pacto de San José da Costa Rica, também faz menção ao citado princípio, afirmando em seu artigo 8.2 que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.” Cabe acrescentar que este acordo fora publicado no Brasil, em 1992, através do Decreto nº 678.

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, a aplicação da presunção de inocência gerava debates acalorados nas superiores cortes do país. Isto porque, a Constituição Federal de 1967/69 não trazia a previsão expressa em seu texto da presunção de inocência como um princípio constitucional. (CIPRIANO, 2016).

No entanto, alguns Tribunais já sedimentavam a ideia de que como este princípio havia sido incorporado pelo ordenamento constitucional através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, e, com base no artigo 153, §6º da Constituição de 1969, que dispunha que as especificações dos direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes de regime e dos princípios que ela adota, entendiam pela aplicação deste princípio como garantia constitucional.

Esse impasse restou solucionado com o advento da Constituição Federal de 1988 que trouxe expressamente em seu texto a previsão do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, conforme dispõe o artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2.2 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, como dito anteriormente, no Título II, Capítulo I, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Dos Direitos e Deveres Individuais”. Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito, decorrente de um ordenamento jurídico democrático.

De início, percebe-se que o legislador constituinte, ao inserir esse dispositivo no rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, teve como objetivo a proteção do indivíduo frente à atuação e ao poder punitivo do Estado (relação vertical), ao passo que simultaneamente garante aos cidadãos o exercício deste direito, conforme esclarece Canotilho, (apud MORAES, 2015, p. 28):

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Entende-se, portanto, que tal princípio vincula o Estado, visto que este se encontra obrigado a cumpri-lo em todas as suas nuances. O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, enquanto direito fundamental, apresenta duas faces: positiva e negativa. A primeira impõe ao Estado o dever de prestação, de garantir que o estado de inocência seja cumprido com todas as regras de tratamento que se impõe, com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana. A segunda face - a negativa - impõe que o Estado respeite este postulado não podendo ir de encontro a ele.

De acordo com Alexandre de Moraes (2015), os direitos constitucionais que são definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais tem a sua eficácia e aplicabilidade imediata. Ainda segundo o autor, o princípio da presunção

de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito como uma garantia processual penal, visando tutelar a liberdade pessoal. Assim leciona:

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. Importante destacar que, em face do Princípio da Presunção de Inocência a situação de “duvida razoável” somente pode beneficiar o réu, pois como destacado pelo Ministro Celso de Mello, “nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade”. (MORAES, 2015, p. 124).

Sendo assim, pode-se afirmar que tal princípio corresponde a um estado onde ninguém será tido como culpado até que haja uma sentença penal condenatória que tenha transitado em julgado. Nas preciosas lições de Marcelo Novelino (2014, p.145):

A presunção de não culpabilidade” (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas. Na definição de Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, esta presunção consiste no “direito que têm todas as pessoas a que se considere, *a priori*, como regra geral, que elas agem de acordo com a reta razão, comportando-se conforme os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico, enquanto um tribunal não forme a convicção, através dos meios legais de prova, de sua participação e responsabilidade em um fato punível determinada por uma sentença firme e fundada.

Deste modo, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, na prática, submete ao Estado o ônus de comprovar a culpabilidade do indivíduo, assegurando que este é presumidamente inocente, só podendo ser rotulado como culpado no momento da ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, momento este em que se terá um juízo de certeza e não mera possibilidade quanto à culpabilidade daquele indivíduo.

Cabe acrescentar que o trânsito em julgado dá noção de dimensão temporal a este princípio, isto porque quando uma decisão transita em julgado significa que

sobre ela não há mais o cabimento de nenhum recurso, seja porque estes foram esgotados, seja por perca do prazo de interposição estabelecido em lei.

Assim, a presunção de inocência terá o seu termo final no momento da impossibilidade de se interpor qualquer recurso, ou seja, o princípio deixará de ser aplicado àquela decisão específica que transitou em julgado. Quem é considerado culpado o é sobre aqueles fatos específicos, comprovados e transitados em julgado. Sendo o mesmo indivíduo novamente suspeito de outro ato delituoso, a este caso lhe é garantido o seu direito fundamental de ser considerado presumidamente inocente.

Salienta-se que, o princípio do *in dubio pró réu*, que significa na literalidade “na dúvida, a favor do réu” expressa e reforça a aplicação do princípio da presunção de inocência, isto porque sempre que o Estado não conseguir demonstrar de forma inequívoca a culpabilidade do réu, o mesmo deverá ser absolvido. Havendo dúvida quando a existência ou não de determinado fato ou possível envolvimento do réu, deverá ser resolvida a questão em favor do imputado.

A presunção de inocência ou não culpabilidade, por ser uma garantia constitucional, possui características específicas que merecem destaque. A primeira delas, a universalidade, diz respeito ao fato de que o princípio e garantia constitucional estão ligados à liberdade e, juntamente com o princípio da dignidade humana, devem ser aplicados a todos os indivíduos. É também indivisível, pois faz parte de um conjunto de direitos que devem ser observados dentro do ordenamento jurídico em que se encontram inseridos.

É, ainda, irrenunciável e inalienável, pois tal princípio não possui conteúdo patrimonial, o que conseqüentemente o torna intransferível, inegociável e indisponível, não podendo o seu titular renunciar ou afastar a sua aplicação. É também imprescritível devido não poder ser extinto com o decurso do tempo ou por falta de uso.

Por se tratar de aquisição de direito fundamental, com o advento da Constituição Federal de 1988 foi vedado o seu retrocesso, ou seja, não poderá ter a sua aplicação extinta ou reduzida. Assim leciona J.J. Gomes Canotilho (*apud*, DIÓGENES JÚNIOR, 2012):

[...] a ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Resta então assegurada à proteção do seu núcleo essencial, qual seja, a garantia de liberdade do indivíduo até que devidamente provada, irrefutavelmente, a sua culpabilidade, não podendo tal aplicação e extensão de proteção ter sua eficácia reduzida.

Outro aspecto que merece destaque é a carga principiológica da presunção de inocência ou não culpabilidade. Trata-se de um princípio que norteia o processo penal, garantindo ao indivíduo o direito de ser considerado inocente até que se prove o contrário.

Sendo um princípio, a presunção de inocência impõe a sua observância obrigatória, seja no cumprimento das normas já vigentes ou na aplicação quando houver uma lacuna legal, seja na criação de novas normas. Isso porque a abrangência dos princípios são maiores do que a das normas, isto é, enquanto as normas são aplicadas a um caso específico, os princípios abarcam uma aplicação mais extensa. Assim explica Bonavides (2009, p. 229):

Importante lembrar que princípios são normas jurídicas de observância obrigatória e que devem ser interpretados diante dos casos concretos para ganharem densidade e se desdobram em regras para o caso que permitam resolver conflitos e garantir os direitos das pessoas.

Devemos nos lembrar que, quando buscamos regras aplicáveis a uma situação específica, estas regras deve ser interpretadas para a construção da norma, juntamente com os princípios.

Os princípios, por sua maior amplitude regulatória, se aplicam ao maior número de situações possíveis. Uma diferença importante entre os princípios e regras é o fato de que as regras regulam uma situação específica, enquanto os princípios regulam situações.

Evidente à importância do princípio da presunção de inocência, regra que visa defender acima de tudo a liberdade e a dignidade da pessoa humana, mesmo

daqueles que estão submetidos à persecução penal. Essa proteção, que surgiu após anos de barbáries ocorridas, está declarada em vários tratados internacionais, dos quais muitos países são signatários e assumiram, assim como o Brasil, o dever de proteção em relação aos componentes da sua nação.

2.3 DIREITO COMPARADO: O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TRATADOS E DIREITOS INTERNACIONAIS

O Pacto de San José da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) dispõe, em seu artigo 8. 2. h, que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Deste modo, não estabeleceu o momento de comprovação da culpa, deixando que cada país regulasse em que situação processual este princípio poderá ser derrubado.

Segundo a doutrina vigente existem dois momentos em que a não culpabilidade poderá ser afastada: a partir do trânsito em julgado da sentença ou após a confirmação da condenação penal em dois graus de jurisdição. No primeiro sistema, só terá o trânsito em julgado quando esgotados todos os recursos cabíveis, momento em que a pena poderá ser executada. No segundo sistema, se faz necessário dois julgamentos condenatórios realizados em duas instâncias ordinárias. A condenação imposta por uma instância é novamente analisada quanto às provas, fatos e direitos, e é confirmada pela outra.

Conforme disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, o Brasil adota expressamente o primeiro sistema, onde somente após esgotados todos os recursos cabíveis ao processo é que a pena poderá ser executada. Tal escolha traz como consequência o fato de muitos processos durarem anos sem o julgamento dos seus recursos, causando muitas vezes a impunidade nos delitos cometidos dada à prescrição da pretensão punitiva.

Diferentemente do Brasil, países como Inglaterra, França, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Espanha e Argentina adotam o segundo sistema, de acordo com estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia

e Fabio Gusman, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento do HC 126.292/SP (ZAVASCKI, 2016).

Na Inglaterra o “*criminal justice act 2003*” representou restrição a essa liberdade provisória com o pagamento de fiança. Atualmente, a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, exceto se a lei garantir a liberdade pela fiança. Na França, a Constituição Francesa de 1958 adotou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o exemplo de proteção dos direitos fundamentais que veio futuramente a ser adotado por vários países. No entanto, o Código de Processo Penal Francês traz no seu artigo 465 as hipóteses em que poderá o Tribunal expedir o mandado de prisão quando ainda pendente recurso (ZAVASCKI, 2016).

Nos Estados Unidos a presunção de inocência não aparece expressamente prevista na Constituição Americana, no entanto é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª emenda. Além disso, o *Criminal Procedure Code* (Código Processual Americano), vigente em todos os Estados, estabelece no seu artigo 16 que o acusado deve ser presumido inocente até que seja estabelecido um veredito final (ZAVASCKI, 2016).

Porém, as decisões condenatórias proferidas são executadas imediatamente, pois a decisão condenatória constitui, para eles, julgamento final para todos os propósitos, admitindo raras exceções. Assim esclarece o estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, reproduzido no voto do ministro Teori Zavascki:

Segundo relatório oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª 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’. (HC 126.292/SP, 2016)

No Canadá, a Suprema Corte consignou que a presunção de inocência não significa a impossibilidade da prisão antes que estabelecida a culpa. Depois de proferida a sentença de primeiro grau a pena é automaticamente aplicada, tendo apenas como exceção os casos em que a lei autoriza o pagamento de fiança. Já na Alemanha, o Código de Processo Alemão, apesar de observar a relevância da presunção de inocência, prevê efeito suspensivo apenas em alguns recursos. Isso

porque os alemães entendem que a eficácia corresponde a uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando não cabível mais nenhum controle judicial. As decisões judiciais, mesmo as que contra elas tramitem recursos especiais, são aquelas que existem no aspecto objetivo, temporal e pessoal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas (ZAVASCKI, 2016).

Na Espanha, embora o princípio da presunção de inocência esteja expressamente previsto na Constituição, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias, podendo o indivíduo continuar cumprindo a pena, mesmo que absolvido na instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior. Por fim, na Argentina o ordenamento jurídico também contempla o princípio, mas no artigo 494 do Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida de imediato, com apenas poucas exceções, previstas em lei, aplicadas a mulheres grávidas, indiciados gravemente enfermos, entre outros. (ZAVASCKI, 2016)

Conforme todas as características apresentadas demonstra-se à importância do princípio da presunção de inocência como garantia da dignidade da pessoa humana àquele que responde a um processo criminal. Com efeito, este princípio tem forte influência no processo penal, sobre o modo o tratamento que deve ter o acusado, nas chamadas prisões de natureza cautelar, bem como, no sistema recursal penal, como será demonstrado a seguir.

3 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE NO PROCESSO PENAL

O princípio da não culpabilidade encontra-se no rol de direitos e garantias fundamentais e corresponde a um requisito de legalidade que serve ao propósito de defender os direitos do cidadão. Isto é, a finalidade das garantias é a de efetivar os direitos constitucionais que são decorrentes dos princípios assumidos pelo Estado.

As garantias são princípios supralegais que devem ser observados na criação e aplicação da legislação, tendo em vista que decorrem diretamente da Constituição que nada mais é do que a base de formação do Estado Democrático de Direito. Como consequência, produzem efeitos em todas as leis e códigos infraconstitucionais, como o Código Penal e o Código Processual Penal.

O princípio da presunção de inocência dispõe que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este capítulo abordará como deve ser o tratamento despendido ao acusado até o trânsito em julgado da sentença, bem como, se as prisões cautelares violam este princípio e quando se dá o termo final de sua aplicabilidade.

3.1 DEVER DE TRATAMENTO

Um dos aspectos que merece relevância quando da aplicação do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, diz respeito ao dever de tratamento a ser despendido àquele que está respondendo um processo criminal.

Isto porque, até o momento final da presunção de inocência, qual seja o trânsito em julgado da sentença, ninguém poderá ser tido como culpado, isto é o princípio da presunção de inocência, que deve acompanhar todos os atos processuais, garante ao indivíduo que este será tratado como inocente, evitando assim juízo condenatório antecipado.

Tal princípio consiste desse modo no direito de não ser considerado culpado senão após o término do devido processo legal, mediante sentença transitada em julgado, onde o acusado tenha utilizado de todos os meios de provas pertinentes a

sua defesa (ampla defesa), bem como dos meios para a inutilização das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2011).

Além de evitar a possibilidade do juízo condenatório antecipado e garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, o princípio da presunção de inocência tem influência também quanto à produção de provas que passa a ser ônus da acusação. Ora, se o indivíduo não poderá ser considerado culpado, logo, é presumidamente inocente, cabendo ao órgão acusador o dever de demonstrar a culpa do indivíduo. Assim esclarece Aury Lopes Junior (2016, p.96).

Em suma: 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. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi devidamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à 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.

Sendo assim, a presunção de inocência como dever de tratamento busca dentre outras coisas preservar a integridade física e mental do acusado, coibindo práticas abusivas por parte do Estado e da sociedade, podendo-se citar como exemplo a divulgação abusiva do nome dos acusados e sua exposição vexatória.

Guarda interação com o ônus da prova o postulado do *in dubio pro réu*, onde não sendo o acusador capaz de compilar provas inequívocas quanto à prática delitiva e sua imputação ao acusado, este deve ser absolvido, conforme dispõe o artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

Verifica-se pois que tal princípio, guarda relação com o ônus da prova e o acusado não é obrigado a produzir provas, já que é inocente até que o Estado prove o contrário. Sobre essa questão, esclarece Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 35):

A imunidade a auto acusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e da ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5.º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada a sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não esta obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.

Quanto ao uso de algemas, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 11, que estabelece que somente será lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física do acusado ou de parte alheia, devendo ser justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilização penal, disciplinar e civil do agente ou autoridade, e de nulidade da prisão ou do ato processual. Portanto, está o Poder Público impedido de agir em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado da sentença. (LIMA, 2011).

Por fim, este princípio confirma a excepcionalidade das medidas constritivas aos direitos individuais, que somente podem ocorrer quando indispensável para a elucidação do caso e de maneira excepcional, verificando-se na quebra do sigilo telefônico, fiscal e bancário e também na violação de domicílio por meio de mandado de busca.

3.2 PRISÕES CAUTELARES

O artigo 283 do Código de Processo Penal dispõe que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” Desse modo, estabelece três situações em que o acusado poderá ser preso sem que contra ele exista uma sentença transitada em julgado, quais sejam: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

Essas medidas cautelares de natureza processual penal têm como finalidade garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder sancionatório do Estado. São, pois, medidas destinadas a tutelar o processo (LOPES JUNIOR, 2016).

Como buscam tutelar o processo, correspondem aos casos, expressos em lei, em que o acusado poderá ser preso antes que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Para ser decretada, no entanto, a lei exige que seja por decisão motivada, escrita e fundamentada, buscando evitar assim atos abusivos e sem justificativa do Estado.

Para a ocorrência de tal decisão, ainda se faz necessário à presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, que correspondem respectivamente à probabilidade de ocorrência de um delito e o perigo decorrente do estado de liberdade do indivíduo. Por fim, essas medidas tem caráter excepcional e proporcional, visto que cerceiam a liberdade do acusado.

A primeira dessas medidas é a prisão em flagrante delito, autorizada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXI e ocorre sempre que alguém está cometendo ou na iminência de cometer um delito. Nessa situação o *fumus commissi delicti* é inquestionável, motivo pelo qual o Código de Processo Penal, no seu artigo 301, autoriza que além das autoridades policiais e seus agentes, qualquer do povo possa realizar a prisão.

Baseado no postulado da presunção de inocência, ao ser decretada a prisão em flagrante essa deve ser comunicada em até 24 horas para a autoridade judiciária (artigo 306, §1º do CPP) que analisará a sua legalidade, podendo relaxá-la caso seja ilegal. Sobre a prisão em flagrante, leciona Aury Lopes Junior (2016, p. 618):

A prisão em flagrante é uma medida pré- cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar a sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

A prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória decretada somente pelo juiz após o requerimento de qualquer das partes, ou de ofício em qualquer fase da persecução penal para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por

conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. (BONFIM, 2016).

Com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, percebe-se que o *fumus commissi delicti* é requisito da prisão preventiva, pois só será cabível essa modalidade de medida cautelar “quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Não se exige, portanto, um juízo de certeza quanto à autoria do delito, mas somente que haja indícios suficientes da autoria que deverão ser capazes de criar no juiz o convencimento provisório de que aquele acusado é o autor do delito. Assim, resume Aury Lopes Junior (2016, p. 649):

Destarte, o primeiro ponto a ser demonstrado é a aparente tipicidade da conduta do autor. Esse ato deve amoldar-se perfeitamente a algum tipo previsto no Código Penal, mesmo que a prova não seja plena, pois o que se exige é a probabilidade e não a certeza. Em síntese, deverá o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexos causal e tipicidade.

Buscando, dentre outras coisas, preservar o princípio da presunção de inocência o Código de Processo Penal traz em seu artigo 319 medidas cautelares diversas da prisão, com a finalidade, também, de viabilizar o processo. Sendo assim, só caberá a decretação da prisão preventiva quando não for cabível nenhuma dessas outras medidas e se presente os requisitos expressos no artigo 312 do CPP.

Por fim, o ordenamento traz mais um tipo de medida cautelar, a prisão temporária, prevista na Lei nº 7960/69, sendo esta decretada especificamente durante o inquérito policial, tendo como finalidade garantir o regular curso das investigações.

Para a sua decretação é necessário que seja demonstrado que tal medida é imprescindível para a investigação e a coleta dos elementos probatórios, bem como se há proporcionalidade na decretação da prisão, já que, como mencionado anteriormente, o Código de Processo Penal (art. 319) elenca medidas cautelares divergentes da prisão, devendo o juiz observar se a finalidade buscada não pode ser alcançada por meio diverso da prisão, só aplicando-a quando necessário.

A presunção de inocência é, portanto, um limitador do agir do Estado. Não se pode impor ao acusado o cerceamento de sua liberdade sem que haja uma sentença condenatória nesse sentido. É o que se impõe ante a regra de tratamento vista anteriormente. No entanto, excepcionalmente e quando se mostrar necessário,

o ordenamento jurídico permite ao Estado agir em defesa do interesse público e em nome do acautelamento – que é quando ocorrem as prisões cautelares durante o processo.

3.3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

O princípio do duplo grau de jurisdição corresponde ao direito fundamental que possui o prejudicado pela decisão de submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional de hierarquia superior na estrutura da administração da justiça. Ademais, compreende também a proibição de que o tribunal *ad quem* conheça além daquilo que já foi discutido em primeiro grau, ou seja, impede a supressão de instância. (LOPES JUNIOR, 2016).

Embora a Constituição Federal de 1988 não traga a previsão expressa do princípio do duplo grau de jurisdição, boa parte da doutrina afirma que ao organizar o Poder Judiciário, ela implicitamente o consagrou. Além do mais, a sua aplicabilidade restou concretizada após o Brasil se tornar signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe expressamente no seu artigo 8.2, letra h, que é garantia mínima o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Os direitos e garantias fundamentais previstos nessa convenção, por força do que estabelece o artigo 5, §§2 e 3 da Constituição Federal de 1988, passaram a integrar o rol dos direitos defendidos pelo ordenamento jurídico. Importante mencionar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 87.585/TO, dispõe que a Convenção Americana de Direitos Humanos ingressa no sistema jurídico com status “supralegal”, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias.

Ressalta-se porém que, há situações as quais não existirá o duplo grau de jurisdição, isto porque em determinados processos penais a própria Constituição estabelece a competência originária dos tribunais superiores, inexistindo portanto o duplo grau de jurisdição.

Além do princípio do duplo grau de jurisdição, o artigo 5, LV da Constituição Federal de 1988 dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Faz-se necessário esclarecer que “recurso”, presente no mencionado artigo, não corresponde ao direito de recorrer e sim à possibilidade que possui o acusado de se valer de todos os meios viáveis para provar sua inocência, sendo conseqüentemente sua defesa a mais abrangente possível. E que a busca por uma sentença favorável é que lhe é dado o direito de utilizar do duplo grau de jurisdição.

Toda via, há que se fazer uma ressalva quanto ao recurso especial e o recurso extraordinário, institutos previstos na Constituição Federal de 1988 e de competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente. O recurso especial será cabível sempre que houver violação de normas infraconstitucionais e suas hipóteses de cabimento encontram-se previstas no artigo 105, III da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o recurso extraordinário será cabível sempre que houver violação a norma ou preceito constitucional, com suas hipóteses de cabimento elencadas no artigo 102, III da Constituição Federal.

Esses dois recursos não são cabíveis para a reanálise de matéria de fato, nem das provas componentes do processo, só havendo a análise de questões de direito. Assim esclarece Nucci (2016, p. 864):

Reexame de matéria de fato é inadmissível tanto no recurso extraordinário, quanto no recurso especial. Ambos devem cuidar de questões puramente de direito, a fim de não vulgarizar a sua utilização, tornando os tribunais superiores órgãos de reavaliação da prova, como já fazem os tribunais estaduais ou regionais. A propósito, confira-se o disposto nas seguintes Súmulas: a) Súmula 279, STF: ‘ Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário’; b) Súmula 7, STJ: ‘ A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’.

Ainda, segundo a matéria, esclarece o ministro Teori Zavascki (2016), em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade, nº 43 e 44, que os recursos de natureza extraordinária não caracterizam desdobramentos do duplo grau de jurisdição, afirmando que:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos 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.

Em consonância, dispõe o artigo 637 do Código de Processo Penal que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o que significa dizer que sobrevindo uma sentença penal condenatória, proferida por tribunal de segundo grau, o acusado poderá iniciar o cumprimento de sua pena, mesmo que ainda esteja pendente o julgamento de recurso especial e/ou recurso extraordinário.

Contudo, diante do princípio da presunção de inocência, que preconiza que ninguém será tido como culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, surge o questionamento: É constitucional o início do cumprimento da pena estando pendente de julgamento recurso especial e/ou extraordinário? Diante desse impasse, o Supremo Tribunal Federal, que vinha admitindo desde 2009, o efeito suspensivo a este recurso, alterou em 2016 seu posicionamento no julgamento do HC 126.292/SP.

Buscando alinhar a efetividade da justiça no Brasil e ainda garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, o STF passou a admitir o cumprimento da pena após julgamento e confirmação da sentença em segunda instância. Esse precedente, bem como o seu contexto e evolução, serão analisadas a seguir.

4 O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E OS ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Buscando dar efetividade a jurisdição penal brasileira, a compreensão adotada pela Suprema Corte demonstra que, apesar de já ter entendido pela possibilidade de execução provisória, anos atrás, o julgamento do HC 126.292/SP e a ratificação desse mesmo entendimento no julgamento da ADC nº 43 e 44 mostrou-se bastante polêmico, tendo em vista que altera o real alcance de aplicação do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência.

Deste modo, se faz relevante analisar todos os fundamentos e argumentos favoráveis e desfavoráveis levantados pelos ministros da Suprema Corte que embasaram seus votos nesses importantes julgamentos.

4.1 NOVO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF APÓS O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Em voto proferido no julgamento do HC 126.292/SP, o ministro Teori Zavascki esclareceu que, mesmo após a promulgação e vigência da Constituição Federal de 1988, o entendimento que prevalecia na jurisprudência do STF era a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade decorrente de acórdão que, em apelação, confirmasse a sentença penal condenatória.

Ao manter esse entendimento a Suprema Corte entendeu que com a condenação do réu restava superada a alegação da ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, de modo que os recursos especiais e extraordinários não impendem o cumprimento do mandado de prisão, pois não possuem efeito suspensivo (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1997). Assim, demonstra o Ministro Relator:

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados -, no âmbito das Turmas, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o 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"(Habeas Corpus 126.292/SP, 2016)

Ainda, tendo como base a situação de execução provisória de sentença penal condenatória, a Suprema Corte aprovou o enunciado das Súmulas 716 e 717 (2003) que dispõem respectivamente: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”; e “Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

A mutação desse entendimento se deu no julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 05 de fevereiro de 2009 quando, por sete votos a quatro, entendeu-se que o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, é incompatível com o início do cumprimento da pena antes que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Segundo esse novo precedente, apesar do artigo 637 do Código Processual Penal prevê expressamente que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, ele passou a ser assim interpretado. Trata-se de interpretação conforme a constituição, visto que a Constituição Federal de 1988 confere validade às normas infraconstitucionais, que conseqüentemente devem obediências aos princípios e normas previstas na Constituição.

Com o julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento consolidado desde 2009, com a finalidade de alinhar a efetividade do processo penal e conseqüentemente da jurisdição penal, com o princípio da presunção de inocência.

No dia 17 de fevereiro de 2016, o pleno da Suprema Corte analisou o referido remédio constitucional impetrado após decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, não se tratando, portanto, de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, confrontando tal decisão com o entendimento do STF, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG, segundo o qual o

cumprimento da prisão decorrente de condenação só poderá dar-se depois de esgotados todos os recursos cabíveis, ou seja, com o trânsito em julgado.

Por sete votos a quatro, os ministros mudaram o entendimento até então consolidado na Suprema Corte, passando a admitir o cumprimento da pena mesmo pendente recurso no STJ e/ou no STF. Teori Zavascki, ministro relator, e ainda Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e a presidente da corte, ministra Cármen Lúcia, passaram a entender que a execução provisória de acórdão penal proferido em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência.

Por sua vez Rosa Weber, Marcos Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski posicionaram-se no sentido da observância do mencionado princípio até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Os Ministros que votaram a favor da alteração jurisprudencial entenderam que, quando um acórdão é proferido em segundo grau se finda o exame quanto à materialidade e autoria do delito, sendo portanto o momento em que se exaure a presunção de não culpabilidade ou inocência. Nesse passo, o recurso especial e extraordinário apenas analisam questões de direito infraconstitucional e constitucional, não reconhecendo, portanto, o efeito suspensivo desses recursos, assim esclarece em seu voto, Teori Zavascki:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvidas 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 o 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 sido ela 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.(Habeas Corpus 126.292/SP, 2016)

Desse modo, quando há uma decisão em primeiro grau que condena o acusado, ela deve estar baseada em todas as provas produzidas durante o processo

penal, observado o contraditório e a ampla defesa, e representa, para o juízo *a quo*, a culpabilidade do réu. Tendo ele a possibilidade de recorrer à instância superior, sendo garantido todas as regras de tratamento que esse princípio impõe, já que a ideia de culpa, até então, não é definitiva. Assim, o acusado poderá ficar em liberdade até que haja a apreciação pelo Tribunal de Justiça sobre a tese da apelação. Confirmada a condenação em segundo grau, deve dar-se o início do cumprimento da pena.

É, portanto, nas instancias ordinárias que o réu pode debater quanto aos fatos e provas do processo, não sendo os recursos extraordinários ferramentas de ampla devolutividade, pois estão restritos a análise do direito, visto que a autoria e materialidade já se encontram demonstradas nos juízos de primeiro e segundo grau.

De fato, os ministros que se filiaram a este entendimento reconheceram que não há efeito suspensivo no recurso especial e extraordinário, como dispõe o artigo 637 do Código de Processo Penal.

Desta feita, desde que em primeira e segunda instância sejam respeitados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e todas as garantias inerentes ao réu, não é errôneo autorizar, mesmo que ainda pendentes recursos extraordinários, o cumprimento da condenação ratificada em segundo grau.

Além de tudo isso, conforme dispõe o artigo 117, IV do Código Penal, a contagem da prescrição interrompe-se com a publicação da sentença ou do acórdão condenatório passíveis de recurso. Sendo assim, a interposição dos recursos extraordinários, além de não possuir efeito suspensivo, não interrompem o prazo prescricional.

Nesse mesmo sentido o ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto oral, acrescentou que o devido processo legal se encontra garantido no momento em que há o duplo grau de jurisdição. Cita ainda que a mudança jurisprudencial em 2009 acarretou o desprestígio das instâncias ordinárias, onde as decisões só são cumpridas após apreciação pelos Tribunais Superiores. Assim afirmou o ministro:

[...] No Brasil, o Juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque tudo sobe para o Superior Tribunal de Justiça e depois sobe para o Supremo Tribunal Federal, numa sucessão infindável de instâncias. (...) O modelo que passou a vigor no Brasil a partir da desta decisão no HC 84.078, em que o Supremo mudou a jurisprudência, não funcionou bem. A partir de tal julgamento, impediu-se que condenações mantidas em grau de apelação produzam qualquer efeito, conferindo ao recurso aos tribunais superiores um efeito suspensivo que

eles não têm. Criou-se, assim, uma cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios. (Habeas Corpus 126.292/SP, 2016)

Essa alteração jurisprudencial, segundo apresentado pelos ministros que a defendem, não viola os tratados internacionais dos quais do Brasil é signatário. Isso porque, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como a Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelecem apenas que o termo final da presunção de inocência e não culpabilidade é até a comprovação da culpa, não determinando que seja com o trânsito em julgado da decisão.

Tanto é assim que, segundo o voto do ministro Teori Zavascki, muitos países adotam como termo final a ratificação da condenação pelo órgão de segunda instância. Este, cita ainda trecho do voto da ex ministra Ellen Gracie (2010) no julgamento do HC 85.886, onde afirmou “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”. Barroso (2016) ainda acrescenta que, dentre esses países a discussão do final do termo da presunção de inocência fica entre a condenação em primeiro grau ou segundo, não havendo nenhum outro país que adote o trânsito em julgado como termo final.

Percebe-se da análise dos argumentos apresentados nos votos de Teori Zavascki e Luis Roberto Barroso, quando do julgamento do HC 126.292/SP, que as principais questões que justificam a mudança no entendimento até então adotada pela Corte Superior são: primeiramente, o recurso especial e o recurso extraordinário não se destinam a reanálise de provas e fatos, apenas questões de direito, não possuindo, portanto, efeito suspensivo; segundo, seria possível despendar ao acusado tratamento mais rigoroso a medida que a sua culpabilidade é demonstrada em julgamento em primeira e segunda instância; terceiro, a análise do direito comparado leva a perceber que nenhum outro país adota mais do que dois graus de jurisdição para que se inicie o cumprimento da pena; quarto, assegurar respeito às decisões proferidas em primeira e segunda instância; e por fim, garantir a efetividade da jurisdição penal, não se permitindo a configuração da prescrição da pretensão punitiva devido a interposição de inúmeros recursos protelatórios impetrados pela defesa.

Por outro lado, com argumentos também importantes, quatro dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, se posicionaram no sentido da manutenção da jurisprudência perpetrada em 2009 e usaram como argumentação a supremacia

da Constituição Federal de 1988, bem como a literalidade no momento de interpretação e aplicação da norma, que afirma que a culpa apenas se concretiza com o trânsito em julgado da sentença.

Em seu voto, o Ministro Celso de Melo (2016) afirma que o postulado da presunção de inocência tem como principais regras o dever de tratamento que deve ser despendido ao acusado, bem como o ônus da prova, que é incumbência da acusação, devendo essas regras serem respeitadas até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim esclarece:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que 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. (Habeas Corpus 126.292/SP, 2016)

Tais ministros defendem também que o artigo 5, LVII da Constituição Federal de 1988 é taxativo ao afirmar em que momento tem fim o alcance de aplicação deste postulado, qual seja, o trânsito em julgado. Deste modo, ao fazer uma interpretação divergente daquilo que se encontra claro no dispositivo legal, estaria o Supremo Tribunal Federal reescrevendo um preceito constitucional. Sob esse aspecto, esclarece o Ministro Marcos Aurélio (2016):

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. 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 (HC 126.292/SP).

Sendo assim, basta recorrer a interpretação gramatical do disposto no artigo 5º, LVII para notar que o Poder Constituinte estabeleceu como termo final da presunção de inocência, o trânsito em julgado, ou seja, o momento que não cabe mais nenhum recurso contra àquela decisão. Deste modo, ainda estando pendente a interposição ou julgamento de recursos, não é constitucional admitir o início de cumprimento da pena.

Aplicar ao princípio da presunção de inocência a interpretação gramatical - que leva em consideração o significado e alcance das palavras presentes no preceito legal – visa dar eficácia a esta norma constitucional.

Acrescenta-se que em respeito a presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal entende que inquéritos policiais em curso, processos penais ainda em andamento ou condenação sujeita a recursos não podem caracterizar maus antecedentes do acusado. Seria, portanto, desrazoado e contraditório a Corte Suprema permitir a execução provisória da pena antes que haja o trânsito em julgado, sendo que o exige para que seja considerado como maus antecedentes a ser levado em conta no momento da aplicação da pena, segundo dispõe o artigo 59 do Código Penal.

Ainda, além de defender o seu posicionamento, Celso de Melo cita os artigos 105 e 107 da Lei de Execução Penal, que exigem o trânsito em julgado da sentença para a aplicação, respectivamente, da pena privativa de liberdade e da pena restritiva de direitos.

Quanto ao recurso extraordinário, mesmo que o artigo 637, do Código de Processo Penal não estabeleça o efeito suspensivo do recurso, seria assim interpretado graças ao Princípio da Supremacia da Constituição e como trata-se de uma regra ordinária, deve ser interpretada à luz da Lei Maior.

Diante de todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis apresentados, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos contra quatro, passou a entender pela possibilidade do início do cumprimento da pena, após acórdão condenatório proferido em segunda instância, mesmo que ainda pendente julgamento de recursos, sem que isso caracterize o descumprimento do princípio da presunção de inocência.

Tal entendimento, até então não tinha efeito vinculante, mas na prática, abriu-se um novo precedente, de modo que ainda que em segunda instância não fosse determinado o início do cumprimento da pena, o Relator de um possível recurso assim o faria.

Essa decisão gerou debates acalorados sobre o tema e mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o assunto, agora no julgamento de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, nº 43 e 44, vistas a seguir.

4.2 MANUTENÇÃO DO POSICIONAMENTO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44

No julgamento realizado no dia 05 de outubro de 2016, o Plenário da Suprema Corte, por seis votos a cinco, ao julgar medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, mantendo, portanto, entendimento adotado anteriormente no julgamento do HC 126.292/SP.

Os autores das ações, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), requereram a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Arguiram que, quando no julgamento do HC 126.292/SP o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento até então adotado, gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da presunção de inocência, pois, mesmo sem força vinculante, tribunais de todos os países passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo decisões que violariam o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

O julgamento do caso começou a ser analisado pelo Plenário em 01 de setembro de 2016 quando o ministro Marcos Aurélio, relator das duas ações votou no sentido da constitucionalidade do referido artigo, concedendo a cautelar pleiteada. No entanto, com a retomada do julgamento pelo Plenário, este manteve o entendimento da possibilidade do início da execução da pena após acórdão condenatório proferido em segundo grau, não contrariando nem o disposto no artigo 283 do CPP, nem o princípio da presunção de inocência.

Apenas o ministro Dias Toffoli modificou o seu entendimento e votou contra a possibilidade de execução da pena. Carmen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luís Fux e Teori Zavascki mantiveram seu posicionamento e votaram pelo indeferimento das liminares pleiteadas.

Por sua vez Marcos Aurélio, ministro relator, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli posicionaram-se no sentido da impossibilidade da execução da pena sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O ministro Edson Fachin (2016) ao votar no HC 126.292/SP, reafirmou a posição adotada por ele anteriormente e entendeu que o artigo 283 não contrasta com o início da execução da pena após julgamento em segunda instância, isto porque o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em conexão a outros princípios e regras constitucionais, que ao serem levados em consideração com igual ênfase, impedem a conclusão que somente poderá se dar o início da execução da pena, após esgotadas as instâncias extraordinárias.

Arguiu ainda que com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as disposições sobre o recurso especial e o recurso extraordinário passaram a regulamentar estes recursos também no âmbito do processo penal, por força do que dispõe o artigo 3º do Código de Processo Penal. Deste modo, conforme disposição do artigo 995 concomitante com artigo 1.029, §5º do Código de Processo Civil, é excepcional a possibilidade de atribuir efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários na seara criminal.

Sendo assim, via de regra, os recursos especiais e extraordinários possuem efeito meramente devolutivo, logo, as decisões as quais são impugnadas por essa espécie de recurso tem efeito imediato, o que implica que após esgotados os julgamentos nas instâncias ordinárias, poderá se dar o início da execução da pena.

Com relação a aplicação e constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, este dispõe que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, o ministro Edson Fachin afirmou que não há conflito entre a aplicação deste artigo e o que prescreve o artigo 637, quando usado o critério temporal para a resolução de tal conflito.

Isto porque, o critério temporal estabelece que norma criada posteriormente prevalece sobre norma anterior. No caso, as disposições do Código de Processo Civil sobre o efeito devolutivo do recurso especial e extraordinário, prevalecem sobre o que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal, por ter este entrado em vigor anteriormente. Assim esclarece Fachin:

Como dito, o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283, do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for conferido por Tribunal de Apelação.

A afirmação da vigência e constitucionalidade do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou a Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, razão pela qual mantenho o meu entendimento naquele julgamento exposto. (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44, 2016)

Com entendimento no mesmo sentido, o ministro Teori Zavascki em seu voto na ADC nº 43 e 44, além de reiterar todos os fundamentos do seu voto proferido no *Habeas Corpus* 126.292/SP, esclareceu que a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal em nada dificulta ou inviabiliza o acesso do condenado ao Superior Tribunal de Justiça ou a própria Suprema Corte. Isto porque, essas cortes vêm admitindo de forma ampla o ajuizamento de *habeas corpus*, não somente aqueles que foram condenados, mas também aos simples acusados ou investigados. Ademais, as matérias suscetíveis de apreciação por meio deste remédio constitucional são mais amplas do que as que podem compor o recurso especial e o recurso extraordinário, que se limitam a questões constitucionais e que tenham, como requisito de admissibilidade, repercussão geral.

Nesse aspecto, questões de grande relevância podem ser questionadas quando da impetração do *habeas corpus*, incluindo o próprio controle de constitucionalidade de preceitos normativos que tem grande repercussão no ordenamento jurídico penal, podendo citar-se: a análise do devido processo legal no âmbito do processo militar (HC 127.900); aplicação do princípio da insignificância (HC 123.108); impossibilidade de sopesar-se a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena base e na escolha da fração de redução da terceira etapa da dosimetria (HC 112.776). (ZAVASCKI, 2016).

Quanto o argumento de que a aplicação desse novo entendimento pelos Tribunais de Justiça representaria a aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, Zavascki (2016) esclareceu que o posicionamento adotado pelo STF representa apenas um novo entendimento relativo a dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, decorrente da interpretação sistemática da ordem constitucional vigente.

Pelo exposto, verifica-se que trata-se de uma nova interpretação e não de uma norma legal, o que não se caracteriza, portanto, na aplicação retroativa de lei mais gravosa ao condenado, conduta expressamente proibida conforme determinação do artigo 5º, XL da Constituição Federal de 1988.

Outro fundamento invocado em defesa da postergação dos efeitos da sentença penal condenatória em segundo grau foi o “estado de inconstitucionalidade” reconhecido na Arguição de Preceito Fundamental nº 347, da estrutura carcerária brasileira. Sobre esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal vem adotando soluções que visam impedir que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas em regime inapropriado, editando para tanto a Súmula Vinculante nº 56, que assim dispõe: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Ademais, sempre caberá ao condenado que esteja cumprindo pena de forma ilegal o uso do *habeas corpus* para garantir a sua liberdade ou a execução da sua pena no regime ao qual fora condenado.

Outro argumento que merece destaque, levantado por aqueles que defendem o início da execução da pena após a condenação em segundo grau, foi o conceito de trânsito em julgado no âmbito do Processo Penal. Isto porque, a Constituição Federal de 1988 não trata sobre a matéria, cabendo, portanto, a uma lei infraconstitucional versar sobre este conceito. Segundo disposição do artigo 502 Código de Processo Civil “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. No entanto, essa definição não pode ser adotada em sua absoluta literalidade para a aplicação no processo penal. Isto porque, no âmbito do processo penal, há o instituto da revisão criminal, disposto nos artigos 621 e seguintes no Código de Processo Penal, que não possui prazo para a sua interposição.

Deste modo, quando se trata de matéria penal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotam acentuada mobilidade quando da formação do trânsito em julgado, que fica em algumas situações aguardando uma variável fictícia. Sobre esse aspecto, esclarece Teori Zavascki:

Bem se percebe, dessa controvérsia, que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo. Aliás, a afirmação de que há regular e contínua contagem do lapso prescricional, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária, é indicativo de importante e coerente reforço à tese da legitimidade da execução provisória da pena imposta ao condenado após o julgamento da apelação. Realmente, não se poderia, logicamente, sustentar o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória (que supõe omissão voluntária em promover a execução) e, ao mesmo tempo, negar a possibilidade de execução da pena no mesmo período. Registra-se, ademais, que não é novidade nesta Corte a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo espoco seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos. (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44, 2016)

Por outro lado, com argumentos de suma relevância, cinco dos onze ministros defenderam a concessão da liminar pleiteada, bem como a inibição do início da execução da pena antes do julgamento de todos os recursos cabíveis e consequente trânsito em julgado.

Para os que se posicionaram nesse sentido a inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela interposição de recursos protelatórios não pode ser atribuído ao postulado da presunção de inocência. A solução dessa questão, que estaria em consonância com esta garantia constitucional, seria a reformulação do sistema processual e a busca pelo Poder Legislativo de meios mais eficientes aos modelos recursais.

Ademais, para estes, o texto constitucional delimitou explicitamente o momento em que a presunção de inocência estaria descaracterizada, qual seja, o instante em que sobrevém o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes desse momento, portanto, não pode o Estado tratar os indiciados e acusados como se culpados fossem, impondo deste modo, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado pelo Poder Público.

Sobre a coisa julgada, Celso de Melo (2016) esclarece que, no ordenamento jurídico brasileiro, ao resolver os conflitos e propiciar estabilidade das relações sociais, este instituto consagra a segurança jurídica, valor de importância política, jurídica e social que representa fundamento estruturante do estado democrático de direito e da própria supremacia da constituição. Isto significa que as condenações criminais ainda suscetíveis a recursos, mesmo os recursos especiais e

extraordinários, não podem ser consideradas como fator que descaracterize a aplicação do postulado da presunção de inocência.

Cita-se ainda o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 69.696/SP, que afastou a possibilidade do lançamento do nome do acusado no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença pena condenatória, com base na previsão dos artigos 393, II e 408, §1º do Código de Processo Penal. Sobre esse aspecto, esclarece Celso de Melo:

Posta a questão nesses termos, não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o *'status poenalis'* do condenado. (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44, 2016)

Importante mencionar o posicionamento adotado pelo ministro Dias Toffoli, que acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo subsidiariamente a sua posição, no sentido que o início da execução fica suspensa se pendente julgamento de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, mas não no recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (TOFFOLI, 2016).

Fundamentando a sua posição, o ministro afirma que o artigo 283 do Código de Processo Penal, com sua atual redação conferida pela Lei nº 12.403/11, limita-se a densificar, ou seja, dar sentido e complemento aos preceitos constitucionais que versam sobre a liberdade, e principalmente, ao postulado da presunção de inocência, expresso no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a execução provisória da pena, por tratar o acusado como culpado, configurando punição antecipada, viola o princípio da presunção de inocência e o que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Desse modo, Dias Toffoli (2016) afirma: “Com efeito, a presunção de inocência, por expressa disposição constitucional, subsiste íntegra até o trânsito em julgado”, não importando, nesse contexto, que o recurso extraordinário e o recurso especial, em regra, não possuam efeito suspensivo.

Dessa feita, o artigo 102, §3º, da Constituição Federal de 1988, ao exigir como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário a repercussão geral, pressupõe a transcendência do interesse individual do acusado. Assim, como este recurso não tem como finalidade impedir as ilegalidades de caráter individual, não

há motivo para que a execução da pena seja suspensa até o seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário.

Diferentemente do recurso especial, que embora o seu cabimento só seja possível quando houver a violação de direito federal, efetivamente este recurso tem como finalidade a correção de ilegalidades de cunho individual, tendo, portanto, efeito suspensivo em relação ao início de execução da pena.

A formação da culpa, além das questões de materialidade e de autoria, abarca a tipicidade da conduta, culpabilidade do indivíduo, bem como a sanção que lhe será imposta. Dado o disposto no artigo 105, III, da Constituição Federal de 1988, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a análise desses aspectos, motivo este que justifica que a pena permaneça suspensa até o julgamento do recurso especial. Nesse sentido, Toffoli afirma:

Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuricidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação". (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44, 2016).

Diante de todos os argumentos apresentados, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos contra cinco, declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e manteve o precedente adotado após o julgamento do HC 126.292/SP (2016) qual seja: "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".

As ações ainda vão ser julgadas no seu mérito, porém a manutenção deste entendimento viabiliza e reforça na prática que os Tribunais de Justiça de todo o país após proferirem acórdão condenatório, determinem o início da execução da pena.

Desta feita, verifica-se que a questão apresentada é relevante, pois diz respeito à busca pela efetividade da jurisdição penal em consonância com o real alcance do princípio da presunção de inocência, de acordo com o posicionamento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

5 O REAL ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APÓS A ADOÇÃO DO NOVO PRECEDENTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme o novo precedente adotado pelo Supremo Tribunal Federal a execução provisória da pena poderá iniciar-se após acórdão condenatório proferido em segundo grau, pelos Tribunais de Justiça. Desta feita, a execução da pena terá início ainda que pendente de apreciação o recurso especial e o recurso extraordinário. Para um melhor entendimento sobre o tema, este capítulo tratará dos principais fundamentos levantados nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 e suas nuances.

5.1 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO PENAL

Uma das judiciosas razões que levaram a alteração do precedente anteriormente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao alcance e a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, visa aliar este princípio a eficácia do processo penal.

Desta feita, ao reconhecer a possibilidade do início da execução da pena após o julgamento de acórdão condenatório em segundo grau, a Suprema Corte passou a entender que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem, via de regra, efeito suspensivo. Nesse sentido, afirma Zavascki:

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 esse sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especiais 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 a restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (HC 126.292/SP, 2016)

A eficácia do processo consubstanciado no devido processo legal encontra fundamento no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Deriva deste postulado constitucional todos os princípios norteadores do direito processual, dentre os quais se destacam a ampla defesa e o contraditório, duração razoável do processo, à inadmissibilidade de produção de provas ilícitas, a efetividade e a inafastabilidade da apreciação judicial.

Este último, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Versa, portanto, sobre o direito ao acesso a justiça. No entanto, para que a justiça seja concretamente aplicada não basta que o Estado apenas a garanta, mas que encontre meios que a torne mais célere e efetiva.

A eficácia do processo está intrinsecamente relacionada à duração daquele processo. Principalmente quando se trata do processo penal, onde a sua duração exacerbada gera na sociedade a sensação de impunidade e ineficácia de todo o sistema punitivo do Estado.

Torna-se imprescindível que o Estado, como garantidor da paz social encontre meios que tornem o processo mais célere. Não é razoável que um processo criminal perdure por anos e anos, gerando ou uma punição tardia ou a impunidade quando ocorre a prescrição da pretensão punitiva.

Ademais, é garantida a toda a sociedade, conforme o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988 a duração razoável do processo, bem como dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Sobre esse aspecto, vale acrescentar que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, estabelece em seu artigo 7, item 6 (1969) que: “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais”. A expressão “sem demora” remete a exigência de razoável duração do processo.

Entretanto, a jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao permitir a suspensão da execução da pena até o julgamento de todos os recursos cabíveis ao processo e conseqüente trânsito em julgado, passou a permitir a interposição de recursos indevidos com a finalidade meramente protelatória, a fim de

que com o decorrer do tempo e a demora no julgamento de tais recursos, houvesse a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Como mencionado, este foi um dos argumentos utilizados para embasar a mudança de entendimento ocorrida no julgamento do HC 126.292/SP e das cautelares na ADC nº 43 e 44. Evidenciado está que ao entender pela possibilidade do início do cumprimento da pena após confirmação da condenação pelo segundo grau de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal visa dentre outras coisas, coibir o uso dos recursos procrastinatórios impedindo a impunidade pelo uso deste instrumento, bem como garantir a eficácia do processo e sua razoável duração.

5.2 RECURSOS PROTETÓRIOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

Embora a Constituição Federal de 1988 não traga expressa previsão do princípio do duplo grau de jurisdição, este princípio se encontra consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, que no seu artigo 8.2, h (1969) estabelece que toda pessoa tem “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Deste modo, ao se tornar signatário do referido tratado, abarcado no ordenamento jurídico com o *status* de “supra legal”, o Brasil passa a reconhecer o direito fundamental que o acusado possui de, quando insatisfeito com a decisão prolatada, submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

No entanto, este direito vem sendo utilizado de forma abusiva e imprópria como forma de evitar que a sentença penal alcance o seu objetivo e produza os seus efeitos. É o caso daqueles que usam o recurso com a finalidade de estender o processo de modo a restar configurada a prescrição da pretensão punitiva, já que, como estabelece o artigo 117, IV do Código de Processo Penal, o seu ultimo marco interruptivo antes da execução da pena é o cumprimento da sentença ou acórdão condenatório recorrível.

Sobre esse aspecto, afirma Teori Zavascki que “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” (ADC nº 43 e 44, 2016).

Sobre o tema, Luis Roberto Barroso acrescentou que o fato de não ser possível à execução imediata da pena, após decisão condenatória de segundo grau, fomenta o uso e a interposição sucessiva de recursos protelatórios. Para fundamentar sua afirmação citou o seguinte caso, presente na pauta de julgamentos do dia em que foi julgado o HC 126.292/SP:

Trata-se de um crime de homicídio cometido em 1991. Vinda a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri e foi interposto um recurso de apelação. Mantida a decisão fora interpostos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram interpostos novos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. Isso nós estamos falando de um homicídio ocorrido em 1991 que o Supremo está julgando em 2016. Pois bem: no recurso extraordinário, o Ministro Ilmar Galvão, o estimado Ministro Ilmar Galvão, inadimitiu-o. Contra a sua decisão, foi interposto um agravo regimental. O agravo regimental foi desprovido pela 1ª Turma, e aí foram interpostos embargos declaratórios igualmente desprovidos pela 1ª Turma. Desta decisão, foram interpostos novos embargos de declaração, redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes. E da decisão do Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental, julgado pela Ministra Ellen Gracie. Não parece nem uma novela. Parece uma comédia. E em seguida à decisão da Ministra Ellen Gracie, foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, aos quais a 2ª Turma negou provimento. Não obstante isso, nós estamos com embargos de declaração no Plenário. Portanto, mais de uma dúzia de recursos, quase duas dezenas de recursos. E, conseqüentemente, em relação a um homicídio cometido em 1991 até hoje a sentença não transitou em julgado. (HC 126.292/SP, 2016)

Deste modo, o referido ministro questiona que tipo de satisfação deu à jurisdição penal a sociedade quando um crime cometido há 25 anos ainda não teve sua sentença transitada em julgado e conseqüente punição pela prática criminosa.

Não obstante, o ministro Teori Zavascki, sobre o tema cita, no seu voto proferido no julgamento do HC 126.292/SP os registros de Fernando Brandini Bargalo, contidos no seu livro intitulado “Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais” sobre fato ocorrido na ação penal implícita ao HC 84.078/MG, onde o acusado foi condenado por tentativa de homicídio qualificado. Ao apelar, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a sua condenação e o réu interpôs Recurso Especial. Com a expedição do mandado de prisão, impetrou um

habeas corpus no STJ, o qual foi denegado e outro no STF, acima mencionado, quando obteve a sua soltura. Assim, Bargalo (2015) menciona:

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 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 a 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”. (BARGALO, 2015, p. 119).

Resta demonstrado que a manutenção do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, de conferir efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário, abria margem para a utilização dos recursos protelatórios como forma de garantir a impunidade do acusado através da prescrição da pretensão punitiva.

De fato, não é somente o sistema recursal brasileiro que causa a morosidade na tramitação do processo, toda via se mostra necessária a busca de ferramentas que tenham como finalidade assegurar a real aplicabilidade da lei penal, a fim de se fazer justiça.

Como Corte Suprema e garantidor da aplicação efetiva dos preceitos contidos na Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ao permitir o início do cumprimento da pena, após acórdão condenatório de segundo grau, visa aliar a sua jurisprudência aos anseios da sociedade, quando busca aliar o princípio da presunção de inocência à efetividade da jurisdição penal.

5.3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Os recursos existem como uma garantia das partes, expresso no artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sendo assim, é direito das partes, quando insatisfeitos com o provimento judicial, recorrer ao órgão de hierarquia superior para uma reanálise dos fatos e provas apresentadas.

No processo penal não é diferente, visto que envolve um direito fundamental, a liberdade, inerente a todos os seres humanos. Sendo assim, quando se fala do antagonismo entre a prisão e a liberdade, é previsível que algo irá satisfazer apenas umas das partes, autor ou réu. (LORENZATO; CAMPOS, 2016).

Deste modo, quando presente provas suficientes da autoria e materialidade e dentro dos parâmetros legais, o juiz de Primeira Instância pode proferir sentença condenatória ao réu, aplicando pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, dependendo das particularidades do caso.

O acusado, quando inconformado com a decisão, pode interpor recurso de apelação, conforme prescreve o artigo 593, I, do Código de Processo Penal no Tribunal Superior, órgão de segunda instância competente para reapreciação dos fatos e provas contidas no processo. No momento da interposição deste recurso – que possui efeito devolutivo e suspensivo – a execução da pena é suspensa, por força do que dispõe o artigo 597 do Código de Processo Penal.

Da interposição deste recurso, pode o Tribunal acatar todos os argumentos da defesa e aplicá-los em sua integridade, ou parcialmente, ou negar provimento do pedido, momento em que será proferido acórdão condenatório e que segundo o novo precedente, autoriza a expedição do mandado de prisão para que o réu inicie o cumprimento da pena, independentemente de ter interposto ou não recurso especial ou extraordinário.

A partir desse novo precedente, pode o acusado iniciar a execução provisória da pena, mesmo que pendente o julgamento dos recursos de natureza extraordinária. Essa nova interpretação, ao estabelecer o real alcance do princípio da presunção de inocência, tem a finalidade de tornar a jurisdição mais efetiva,

sendo uma ferramenta legal, viável e que não contraria o postulado da presunção de inocência.

Isto porque, o acusado, conforme dispõe o princípio da presunção de inocência, já foi tratado como inocente – o que caracteriza o cumprimento do dever de tratamento do estado, bem como o respeito ao ônus da prova e a dignidade da pessoa humana - durante todo o curso do processo ordinário. Deste modo, não é incompatível com esta garantia permitir que a partir daí, mesmo que ainda pendente de julgamento de recurso especial e de recurso extraordinário, o acusado comece a cumprir a sua pena.

Até porque, como citado, os recursos de natureza extraordinária não analisam questões de fatos e prova. Isso pressupõe que, após proferido o acórdão condenatório em segundo grau, a culpabilidade do indivíduo se encontra demonstrada, o que justifica o início do cumprimento da pena.

Ademais, em caso de ilegalidade da prisão ou qualquer injustiça relacionada ao seu cumprimento, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de meio bem mais eficaz do que a interposição de qualquer desses recursos de natureza extraordinária, qual seja, o remédio constitucional do *habeas corpus*, de tramitação mais célere e que abarca a possibilidade de tratar de matérias bem mais amplas do que as cabíveis no recurso especial e extraordinário. Assim esclarece Teori Zavascki:

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 da 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. (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 e 44, 2016).

Sendo assim, estando o réu injustiçado de alguma maneira, ele sempre poderá se vale de medidas cautelares com efeito suspensivo ou do *habeas corpus* para fazer cessar, quando possível, qualquer ilegalidade causada pelo início do cumprimento da pena.

5.4 CRÍTICAS AO NOVO ENTENDIMENTO

A mudança deste precedente, após o Supremo Tribunal Federal entender de maneira absolutamente diversa pelos últimos sete anos, acabou por gerar grande discussão e severas críticas quanto à possibilidade de execução provisória da pena. De um lado, há quem entenda que a alteração da jurisprudência é compatível com o pressuposto da presunção de inocência, do outro, juristas defensores de um direito processual penal mais garantista defendem a literalidade na interpretação do texto legal, onde a presunção de inocência só acaba no momento do trânsito em julgado da sentença.

Fora demonstrado ao longo do presente estudo que o Supremo Tribunal Federal quando alterou o seu posicionamento tinha como finalidade aliar o postulado da presunção de inocência com a eficácia do processo penal. No entanto, muitos estudiosos afirmam que ao fazer isso a Corte Suprema atuou como legislador ao afastar o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, relativizando o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988. Sobre esse aspecto Pedro Lenza (2016) afirma que na realidade o que motivou a alteração do entendimento foi o grande volume de ações que o STF tem recebido e está tentando frear. Tratando-se, portanto, de uma jurisprudência defensiva.

Corroborando com este entendimento, Cezar Bitencourt (2016) acredita que o Supremo Tribunal Federal “jogou no lixo os direitos assegurados de todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal”, aduzindo que:

Com efeito, ignorando os Tratados Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão expressa em nossa Constituição (art. 5º, LVII, CF), que garantem o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), o STF passou a negar sua vigência, a partir dessa fatídica decisão, autorizando a execução antecipada de decisões condenatórias (art. 5º, LVII), mesmo pendentes recursos aos Tribunais Superiores. Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a página mais negra de sua história ao negar vigência de texto constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Desta feita, basta utilizar-se de uma interpretação gramatical para vislumbrar que o legislador constituinte escolheu como momento do fim da aplicação do princípio da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória. Autorizar a execução da pena antes de findo este marco, corresponde a uma redução da garantia constitucional que visa proteger a liberdade dos cidadãos.

Também defensor deste posicionamento, Lenio Streck (2016) afirma que ao julgar as liminares da ADC nº 43 e 44 o Supremo Tribunal Federal violou tanto o disposto no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, como a Súmula Vinculante nº 10, que prescreve que “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (STF, 2008). Assim Streck explica (2016):

Parece-me claro, destarte, que isso é válido para um órgão fracionário, imagina-se a hipótese de o próprio STF violar a Súmula Vinculante 10 e o artigo 97 da Constituição Federal. Porque existe a SV 10 e o artigo 97 da CF? Simples: *É para evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado para se chegar a um determinado resultado.* No caso, o STF afastou – sem dizer – a incidência do artigo 283. E ao não dizer e fundamentar devida e claramente, fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais. Invertendo o raciocínio: Uma decisão dizendo que o 283 não é inconstitucional não precisaria fazer declaração formal. Mas o contrário, sim. Tanto é que um órgão fracionário, quando diz que uma lei é constitucional, não precisa fazer o incidente. Tão simples, mas é necessário que se diga.

Desse modo, entende o citado autor que o artigo 283 do CPP é contrário ao novo entendimento adotado pela Suprema Corte e ao se esquivar de mencionar sobre a inconstitucionalidade do referido artigo, está o STF violando própria disposição sumulada.

Sobre o tema, Aury Lopes Junior (2016) acrescenta que o Supremo Tribunal Federal agiu de forma autoritária e antidemocrática ao adotar este novo precedente, sendo esta corte guardiã da constituição e não sua dona, e muito menos criadora do processo penal e de suas categorias jurídicas. Afirma que, prender antes do trânsito em julgado não se reduz apenas ao efeito recursal, pois trata-se da liberdade de alguém, o que abarca os seus direitos e liberdades individuais, tutelados pela presunção de inocência e outros princípios. Isto posto, acrescenta Aury Lopes Junior (2016):

Também devemos considerar (e assumir) que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o 'tempo' que lhe foi tomado se ao final o STJ/STF anular *ab initio* o processo, reduzir sua pena, alterar o regime de cumprimento, enfim, acolher o recurso. Recordemos Carnelutti, quando dizia que uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: enquanto o processo civil se ocupa do 'ter', o processo penal lida como o 'ser'. Enfim, o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal.

Sendo assim, cumpre mencionar que a decisão tomada no HC 126.292/SP e nas cautelares da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº43 e 44 são aplicadas aos casos isoladamente, não tendo, portanto, efeito vinculante, podendo os Tribunais de Justiça aplicar ou não esta decisão.

Toda via, diante da possibilidade destes casos chegarem ao Supremo Tribunal Federal, é imperiosa a possibilidade que o relator de um possível recurso extraordinário aplique esse precedente ao caso em questão, determinando que se dê o início da execução da pena.

Com a devida vênia, o Supremo Tribunal Federal, atuando como guardião da Carta Suprema, ao relativizar o alcance do princípio da presunção de inocência, teve como finalidade alinha-lo a efetividade da jurisdição penal, a muito desacreditada pela sociedade e pelo próprio Estado. Não agiu, deste modo, além daquele poder que lhe é conferido pela Constituição Federal de 1988. Ademais, a adoção desse novo precedente não desampara o réu em caso de ilegalidade ou arbitrariedade do Estado, havendo meios eficientes e de tramitação mais célere para assegurar sua liberdade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência, expresso no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, corresponde a um direito/garantia constitucional que visa proteger aquele que responde um processo criminal do poder arbitrário do Estado. Dada a sua importância, encontra-se presente em muitos tratados internacionais, com maior ênfase na Convenção Americana dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário e foi recepcionada pelo ordenamento jurídico com o *status* supra legal, ou seja, abaixo da Lei Maior, mas de observância obrigatória em todas as normas infraconstitucionais.

Verificou-se que este princípio ao dispor que ninguém poderá ser tido como culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe ao Estado um dever de tratamento que deverá ser despendido ao acusado durante toda a persecução penal. E mais, o ônus da prova pertence ao Estado, sendo esse que deve demonstrar por meio de provas lícitas a culpabilidade do indivíduo, respeitando a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.

Abordou-se também o instituto das prisões cautelares, que ao serem decretadas não pressupõe a culpa do indivíduo, mas visam resguardar o regular andamento do processo, não violando assim o postulado da presunção de inocência.

Demonstrou-se ainda que há no ordenamento jurídico brasileiro o recurso especial e o recurso extraordinário de competência respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Estes recursos não se destinam a análise das matérias fáticas e probatórias, apenas reanalisam questões de direito. Ainda, segundo as normas que tratam sobre essas espécies de recursos, esses não possuem efeito suspensivo, não impedindo, portanto, a execução provisória da pena.

Acontece que diante do que estabelece o princípio da presunção de inocência, que exige o trânsito em julgado para que o acusado possa ser considerado culpado, surge a dúvida quanto à possibilidade do início da execução provisória da pena ainda que pendente o julgamento de recursos de natureza extraordinária.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, no dia 17 de fevereiro de 2016, adotou o entendimento que a execução de acórdão penal condenatório proferido em grau que apelação não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, ainda que a decisão esteja sujeita a recurso especial ou extraordinário. Dada a relevância de tal posicionamento, fora a Suprema Corte novamente instada a se pronunciar sobre a constitucionalidade desse entendimento, e, como demonstrado, ao julgar as liminares contidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, o STF manteve esse novo posicionamento.

Notou-se que para fundamentar tal entendimento a Suprema Corte buscou alinhar o princípio da presunção de inocência e todas as garantias a ele inerentes com a busca pela efetividade do processo penal, visando garantir a aplicação de outro princípio constitucional, qual seja, o princípio da razoável duração do processo.

Demonstrou-se que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, é incompatível com o princípio da presunção de inocência, abrindo espaço para a interposição de infundáveis recursos com a finalidade de postergar a execução da pena até que se concretizasse a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Esse cenário retarda o andamento do processo, impedindo que ele ocorra de maneira justa, já que muitas provas se perdem com o decurso do tempo. Ademais, o processo penal passou a não gerar nenhum tipo de satisfação à vítima, à sociedade e ao próprio Estado que se apresentava cada vez mais ineficiente em manter a paz social.

Concluiu-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, considerando não ser o recurso especial e o recurso extraordinário desdobramento do duplo grau de jurisdição, garantido este no momento da reanálise das provas e dos fatos por órgão hierarquicamente superior em grau de apelação, nas instâncias ordinárias, que iniciar a execução da pena é um meio legal e adequado de garantir a eficácia do processo penal, sem violar todas as garantias e direitos do acusado.

Deste modo, a partir do julgamento do HC 126.292/SP e da ratificação desse precedente no julgamento das liminares da ADC nº 43 e 44, criou-se o entendimento de que poderá o acusado iniciar o cumprimento provisório da sua pena quando não mais houver a possibilidade de interposição de recurso ordinário.

Como demonstrado, este novo precedente não agradou a todos, inclusive membros da própria Corte, visto que entenderam que o Supremo Tribunal Federal

agiu de maneira autoritária e pouco democrática ao atuar como legislador e reduzir o âmbito de aplicação e proteção do princípio da presunção de inocência.

Desta feita, demonstrou-se em última análise que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não reduz a proteção do postulado da presunção de inocência, visto que este princípio obrigatoriamente deve ser garantido durante toda a persecução penal. O que se buscou foi alinhar esta proteção com a eficácia do processo penal. Sendo assim, ainda que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuam efeito suspensivo, não está o acusado desamparado de proteção jurisdicional, existindo meios de defender a sua liberdade, seja por meio de cautelares com efeito suspensivo ou por meio do *habeas corpus*, importante remédio constitucional que tem como principal finalidade proteger qualquer indivíduo do poder arbitrário do Estado que ameace a sua liberdade.

REFERÊNCIAS

BARGALO, Fernando B. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BITENCOURT, Cezar R.; BITENCOURT, Vania B. A. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de M.. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74.983/DF**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 30/06/1997. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185088&modo=cms> . Acesso em 21 dez 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160223-10.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Marcos Aurélio. Julgado em 05/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Marcos Aurélio. Julgado em 05/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 21 dez. 2016.

CIPRIANO, Bruno R. **Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841>. Acesso em: 6 dez. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

DIÓGENES JÚNIOR, José E. N. **Aspectos Gerais das características dos direitos fundamentais. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 16 dez. 2016.

FARACHE, Rafaela da F. L. R. **Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

FOERSTER. Gabriele. **Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1052&idAr eaSel=16&seeArt=yes>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

LENZA, Pedro. **Presunção de Inocência: novo entendimento do STF. Retrocesso? HC 126.292**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ht8Wu6hiZxs>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

LIMA, Jair A. S. **A Presunção de Inocência: conteúdo histórico e relativismo.** Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

LIMA, Renato B. de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática.** 1 ed. Niterói - RJ: Impetus. 2011

LOPES JUNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** 04 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 2 fev. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LORENZATO, Jhosy H.; CAMPOS, Rafaela. **Execução da pena após decisão condenatória confirmada em Segunda Instância.** Disponível em: <<file:///C:/Users/pc/Downloads/649-2651-2-PB.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 31^a. Ed. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2015.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional – Volume Único.** 9. ed. São Paulo. Editora Método, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

QUEIROZ, Ruth F. de F. **O Princípio da Presunção de Inocência sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal: Uma análise do HC 126.292/SP.** 2016. 54 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Campina Grande, Sousa -Pb, 2016.

SAMPAIO, Nestor. **Características dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<https://nestorsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/112330165/caracteristicas-dos-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

SOUSA, Ilara C. . **Princípio do devido processo legal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22857/principio-do-devido-processo-legal>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

STRECK, Lenio L. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!** 29 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>> . Acesso em: 2 fev. 2017.