

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Marco André Bonotto Gonçalves Dias

**HABEAS CORPUS 126.292: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Santa Maria, RS
2016

Marco André Bonotto Gonçalves Dias

**HABEAS CORPUS 126.292: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Me. José Fernando Lutz Coelho

Santa Maria, RS
2016

Marco André Bonotto Gonçalves Dias

**HABEAS CORPUS 126.292: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 15 de dezembro de 2016:

José Fernando Lutz Coelho, Me (UFSM)
(Presidente/Orientador)

Valéria Ribas do Nascimento, Dra (UFSM)

Larissa Nunes Cavalheiro, Me (UFSM)

Santa Maria, RS
2016

“Se quiser por à prova o caráter de
um homem, dê-lhe poder”
(Abraham Lincoln)

RESUMO

HABEAS CORPUS 126.292: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AUTOR: Marco André Bonotto Gonçalves dias

ORIENTADOR: José Fernando Lutz Coelho

Este trabalho tem por objetivo o estudo do Princípio da Presunção de Inocência na decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus número 126.292/2016, no qual foi decidido que é possível a execução da pena já a partir de sentença em segunda instância. Tal importância desse julgado se deve porque até então apenas era permitido a execução da pena após esgotados todos os recursos. Por meio desta monografia procura-se comparar os argumentos usados pelos ministros do excelso tribunal, que assim chegam a essa nova interpretação constitucional da presunção de inocência ou, segundo parte da doutrina, de não culpabilidade. Trata, assim, o presente assunto de grande importância no meio acadêmico, bem como para os operadores do direito de um modo geral, na medida que a possibilidade do réu começar a cumprir a pena a partir de uma segunda instância judicial, leva a mudanças de paradigmas, quer nas estratégias dos advogados na defesa de seus clientes, quer agora em uma maior celeridade da justiça. Por ser um tema atual, apesar da recente repercussão geral do STF, ainda é assunto para debates pelo meio jurídico. Esta monografia apresenta alguns dados estatísticos e jurisprudências, bem como legislação pertinente, demonstrando que o assunto é relevante, e que este trabalho procura explorar o tema. Assim, o assunto em tela pode ser objeto de estudo pelo meio jurídico e acadêmico.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal. Prisão. Segunda instância.

ABSTRACT**HABEAS CORPUS 126.292: PRISON IN SECOND INSTANCE AND ASSUMPTION OF INNOCENCE IN FEDERAL COURT SUPREME**

AUTHOR: Marco André Bonotto Gonçalves dias

ADVISER: José Fernando Lutz Coelho

The purpose of this paper is to study the Principle of Presumption of Innocence in the decision of the Federal Supreme Court in Habeas Corpus number 126.292 / 2016, in which it was decided that it is possible to execute the sentence as of the second instance judgment. Such importance of this judgment is due to the fact that until then, only the execution of the sentence was allowed after all the remedies had been exhausted. This monograph seeks to compare the arguments used by the ministers of the supreme court, who thus arrive at this new constitutional interpretation of the presumption of innocence or, second part of the doctrine, of not guilty. It addresses, therefore, the present matter of great importance in the academic arena, as well as for legal practitioners in general, insofar as the possibility of the defendant starting to serve the sentence from a second judicial instance, leads to changes in Paradigms, both in the strategies of lawyers in defense of their clients, and now in a greater speed of justice. Being a current topic, despite the recent general repercussion of the Supreme Court, it is still a subject for debate by the legal environment. This monograph presents some statistical data and jurisprudence, as well as relevant legislation, demonstrating that the subject matter is relevant, and that this work seeks to explore the subject. Thus, the subject on canvas can be object of study by the juridical and academic means.

Keywords: Presumption of innocence . Federal Court Supreme. Prison. Second instance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU HISTÓRICO	10
3	O HABEAS CORPUS 126.292/2016 – JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	21
3.1	PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS MINISTROS E A DOCTRINA.....	24
3.1.1	A celeridade e a segurança jurídica.....	25
3.1.2	A questão do marco temporal para o fim da presunção de inocência e possibilidade do cumprimento da pena.....	34
4	REPERCUSSÕES JURÍDICAS	41
5	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Princípios são esteiras que regem uma sociedade livre, com respeito mútuo e ao bem comum. Dizem respeito também às relações entre os indivíduos, no âmbito político, econômico e jurídico. Os direitos e deveres são depositados, de comum acordo pelo povo, ao se formular as regras básicas de uma sociedade. Dentro desses conjuntos de regras, o respeito à dignidade humana é por demais importante para a sociedade, bem como o direito à liberdade.

A liberdade do indivíduo é seu bem maior, e é também um direito dentro do grupo em que ele convive, respeitado as regras estabelecidas pelo mesmo grupo social. O ser humano, ao concordar em viver em sociedade, deposita nela a confiança de que as regras daquele povo são coerentes com um sentido de justiça aceitável, e que, se agir de maneira lícita, poderá usufruir dessa liberdade. Por outro lado, tem o mesmo indivíduo a pretensão de que essas mesmas regras sejam coerentes com um sentido de justiça que se almeja.

Mas as regras de um povo são fruto de sua própria evolução como sociedade, apesar de percalços como guerras que podem ocasionar mudanças nas mesmas, mas são de modo geral compiladas, aditadas ou modificadas em processo evolutivo ao longo de sua própria história, de maneira que cada povo consiga melhorar o seu ordenamento de leis ou regras. Não se pode falar em ordenamento ou leis sem falar em sociologia. As regras ou leis emanam do próprio povo que as usa para regular, punir, ensinar, de modo que as relações entre as pessoas geram e mudam as regras sociais constantemente.

Governar é também punir. É interpretar. Quanto à interpretação, diz o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”, assim temos que o ordenamento, mesmo que regule bem determinado assunto, poderá ainda dar margem à hermenêutica.

Esse plexo de regras, como falamos, é mutante, visando uma evolução da sociedade. Nessa esteira, a evolução do que significa o termo “inocência” com relação ao indivíduo em face de um processo criminal é o recorte que se mostra relevante no sistema constitucional brasileiro, merecendo estudo e análises criteriosas e permanentemente pela sociedade, principalmente o meio jurídico.

O conjunto de leis, o ordenamento jurídico de uma sociedade deve se adequar em linhas gerais para proporcionar uma boa convivência entre as pessoas, regulando-as a agirem de acordo com o estabelecido por elas mesmos.

Se uma lei não mais se adéqua, deve ser mudada, ou melhor interpretada pelo Poder correspondente a essa função. Mudança esta que se opera frequentemente, quer literalmente pela supressão, modificação ou interpretação das leis. A transmutação de uma regra dentro do ordenamento jurídico é por demais relevante, não só pela sua nova interpretação em si, mas pelo efeito jurídico e social que causa.

A presente monografia tem por objeto o estudo do Princípio da Presunção de Inocência até o trânsito em julgado de condenação penal, onde será abordado através do método dialético os antagonismo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/2016, novo marco referencial para início do cumprimento da pena já a partir da segunda instância. Haverá uma abordagem do assunto procedendo um comparativo entre as argumentações para entender a decisão final desse habeas corpus: uma nova jurisprudência para o significado do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. Para isso será estudado os conceitos dos institutos da presunção de inocência, ou de não culpabilidade conforme parte da doutrina, em pesquisa bibliográfica. Para tanto, os próximos capítulos temáticos entrarão no assunto propriamente dito, conceitos, histórico, exposição dos votos dos ministros e argumentações, repercussões jurídicas e finalmente conclusão.

O capítulo 1 ocupar-se-á especificamente do Princípio da Presunção de Inocência, conceito e alcance na legislação pátria. Princípio esse muito importante no meio jurídico, vez que se refere diretamente à possibilidade de suprimir a liberdade do indivíduo em um processo criminal. Para isso será demonstrado onde esse instituto se encontra na legislação, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Também, como partida, veremos um histórico do instituto de presunção de inocência, bem como a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Por seguinte, o capítulo 2 entrará no objeto desta monografia, tratando do habeas corpus em questão que mudou a jurisprudência sobre o Princípio da Presunção de Inocência e as principais argumentações utilizadas nessa recente decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo importante nesse capítulo o referencial teórico utilizado por cada ministro no exaramento de seu voto.

Não menos importante, o capítulo 3 se refere às repercussões jurídicas do tema proposto e se ocupará dos efeitos da decisão em tela, suas conseqüências no meio jurídico, em especial as recentes tramitações de ações declaratórias de constitucionalidade questionando a própria decisão do STF.

A conclusão verterá os pontos importantes, bem como se o objeto do estudo foi devidamente alcançado e também se o assunto possui pontos que sugerem novos estudos ou

pesquisas.

Para a presente monografia foi utilizado o método dialético, devido aos antagonismos do assunto, explorando assim as posições antagônicas do assunto.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU HISTÓRICO

A condição de inocente do indivíduo é um direito universal, que emana da dignidade da pessoa humana. A violação desse pressuposto vai de encontro à dignidade da pessoa humana, na medida que suprime direitos. A condição de se considerar inocente foi positivada em nosso ordenamento e também em outros institutos alienígenas, de modo que se parte da premissa que é um direito universal. Segundo Norberto Bobbio (2004, p.19) esses direitos são universais:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

Também o momento processual é importante dentro do instituto da presunção de inocência, na medida que o processo de investigação, produção de provas, oitivas e outros são complexos, e durante suas fases os direitos e garantias constitucionais devem servir de parâmetros. Capez (CAPEZ, 2016, p. 117) leciona desta maneira o assunto:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência.

O Princípio da Presunção de Inocência (ou de não culpabilidade), presume o cidadão inocente, e não culpado, até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Assim, impede-se que uma sentença condenatória produza efeitos antes de esgotados todos os recursos. Para Sanches Cunha (2015, p. 96): “Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos”.

Grande parte da doutrina possui entendimento de que o Princípio de Inocência se coaduna com o trânsito em julgado de qualquer recurso em instâncias superiores, mesmo que não seja discutida matéria de fato, características do recurso extraordinário e especial.

A não culpabilidade do indivíduo foi historicamente posta à prova, desde os

primórdios da civilização. A comprovação de sua culpabilidade, e não de inocência, era a tônica nos julgamentos, onde a responsabilidade de provar que não tinha cometido o crime era do acusado. A tortura se encaixou nesse meio como o artifício perfeito para o Estado resolver esse dilema, como vemos em *Dos Delitos e das Penas* (Beccaria, 1764, p. 23):

O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos. A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, mau grado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado.

Desde o século XII, o sistema penal era o inquisitório em que o acusado era presumidamente culpado. Com a evolução da sociedade, mais precisamente após o iluminismo, surge um novo entendimento, como assevera Paulo Rangel (2006, p. 23-24):

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu art. 9º, que: Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Assim essas idéias iluministas romperam com a idéia dominante de que o acusado não tinha praticamente nenhuma garantia de absolvição, e onde a tônica era a confissão através de torturas. Cesare Beccaria (1764, p. 39) também já escrevia sobre a importância da liberdade e a privação dela com a condenação: “A presteza do julgamento é justa ainda porque, a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”.

No Brasil, ainda no período colonial, imperava o modelo inquisitório, com a nítida presunção de culpa do investigado perante o processo na justiça da época. O modelo de justiça no período colonial misturava religião, moral e direito. A prisão era a regra para que o acusado não fugisse. O órgão acusador era o mesmo que julgava e não existia um fase preliminar antes do processo, se levando à prisão o acusado para depois se proceder a inquirição e julgamento. No período colonial era permitido o uso de torturas para se extrair do

réu a confissão, onde a culpabilidade era presumida e cabendo ao réu provar a sua inocência, tornando difícil uma absolvição. Durante a Inconfidência Mineira, assim foi sentenciado Tiradentes, em trecho do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (BRASIL, 2008) :

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barço e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas [...] aonde o Réu teve as suas infames práticas [...]; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique [...] e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu; igualmente condemnam os Réus Francisco de Paula Freire de Andrade Tenente Coronel que foi da Tropa paga da Capitania de Minas, José Alves Maciel, Ignácio José de Alvarenga, Domingos de Abreu Vieira, Francisco Antonio de Oliveira Lopez, Luiz Vás de Toledo Piza e depois de mortos lhe serão cortadas as suas cabeças e pregadas em postes altos até que o tempo as consuma [...] nos lugares de frente das suas habitações que tinham em Villa Rica e a do Réu Ignácio José de Alvarenga, no lugar mais publico na Villa de São João de El-Rei, [...] declaram estes Réus infames e seus.

Já no período imperial, com a vinda da família real vieram as idéias iluministas e já na primeira constituição de 1824 (BRASIL, 1824), se manifestam as primeiras garantias fundamentais do cidadão, como vemos algumas no artigo 179 dessa Carta:

Art. 179. [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos lugares da residencia do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. [...] IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. [...] X. A excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

É claro que ainda sendo um modelo absolutista de poder, durante a monarquia não houve maiores avanços nesse modelo jurídico imperial, de modo que mesmo se houvesse um tratamento mais humanitário ou menos inquisitivo conferido ao réu, ainda não havia a

presunção de inocência.

Já na fase republicana, gerou-se expectativas de um novo momento social, ao término do período colonial. O Judiciário torna-se um poder independente, havendo uma organização desse poder. Mas somente com a Carta de 1988 que realmente a presunção de inocência positivou-se, no art. 5º, LVII (BRASIL, 1988) em que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Tecnicamente, a melhor dicção do princípio é “presunção de não-culpabilidade”, porque se refere à culpabilidade do agente. Porém a maioria da doutrina trata como “presunção de inocência”.

A presunção de inocência possui essa característica histórica, pois é caráter da evolução dos direitos fundamentais ao serem positivados. A Convenção Interamericana, em seu Pacto de San José da Costa Rica (ONU, 1969) da qual o Brasil é signatário e ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 no seu artigo 1º (Brasil, 1992), demonstra que o Princípio da Presunção de Inocência é corolário dos direitos e garantias individuais: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apenas por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Nessa convenção tratou-se, dentre outros artigos, da não culpabilidade até que se prove sua culpa, no seu artigo 8.2. . Importante arcabouço jurídico na questão de limitação do poder punitivo estatal, antes de esgotados todas as garantias para defesa do acusado, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário ainda desde a vigência da Constituição de 1946, e posteriormente aderiu à Declaração Universal do Direitos do Homem de 1948, destacando-se o artigo 11.1 (ONU, 1948):

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, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Essa adesão do Brasil ao corolário da presunção de inocência ao Pacto de San José da Costa Rica, não significa que o país até então era totalmente estranho a esse princípio, porque outros como o do Contraditório e o da Ampla Defesa já direcionavam as decisões da justiça brasileira. O inciso LVII do art. 5º da CF (BRASIL, 1988), ratifica essa corolário. O Princípio da Presunção de Inocência é materializado na idéia de não se punir o indivíduo até surgir a certeza de sua culpabilidade, daí também a doutrina ter o Princípio da Presunção de Inocência como o de não culpabilidade.

A nossa Carta Magna, a Constituição Cidadã, garantidora de inúmeros direitos de várias dimensões, não poderia ser menos enfática quanto ao Princípio da Presunção de Inocência, ao tratá-la no artigo 5º, inciso LVII. Vejamos o que Cunha versa sobre essa garantia (2015, p. 96):

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos.

O Princípio da Presunção de Inocência tem a sua complementariedade no Princípio do Devido Processo Legal, já que esse reconhecimento de que o indivíduo é culpado ou inocente requer não apenas que exista um processo, mas que ele seja justo, para que aí sim exista um equilíbrio entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do processado. O devido processo legal é uma dupla garantia ao indivíduo, tendo como corolários a ampla de defesa e o contraditório, assegurando não só o direito à liberdade no âmbito material, quanto no formal através da plenitude de defesa (garantias de serem observadas corretamente os trâmites processuais).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (3), conforme o texto constitucional expresso (art. 5.º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Essa culpabilidade do indivíduo, ou seja, a responsabilidade do agente será decretada após o final do devido processo legal. Para Sanches Cunha (2015, p. 95), o Princípio da Culpabilidade:

Trata-se de postulado limitador do direito de punir. Assim, só pode o Estado impor sanção penal ao agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma).

Como toda construção social, a evolução das garantias do indivíduo em uma sociedade, mesmo após a constituição de 1988, tendo como marco delineador da possibilidade de prisão para cumprimento da pena após esgotados todos os recursos, foi maximizada em

nossa corte máxima em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG (STF, 2009) , onde por sete votos a quatro, asseverou-se que o Princípio da Presunção de Inocência é incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação, incluindo aí os recursos às cortes superiores. Falando sobre essa jurisprudência anterior, explicou o ministro Teori Zavascki, quando do julgamento no STF do HC 126.262 (2016, p. 7): “A alteração dessa tradicional jurisprudência [...] por sete votos a quatro, assentou-se que o Princípio da Presunção de Inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.”

Continuando nessa construção constitucional do Princípio da Presunção de Inocência, em 2011 o Presidente da República sancionou a Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles o artigo 283 (BRASIL, 2016), que aduz os casos quem que se pode privar o indivíduo de sua liberdade:

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 de investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

E nessa senda, lembrando postulado internacional sobre o Princípio da Presunção de Inocência, esculpido no Pacto de San José da Costa Rica preceitua no seu artigo 8.2 (ONU, 1969): "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]", pacto este que, recepcionado pelo Brasil, constituem direitos e garantias na nossa pátria conforme a constituição em seu artigo 5º, parágrafo 2º (BRASIL,1988): “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A discussão dessa limitação, pelo Princípio da Presunção de Inocência, para impedir a prisão do réu antes de esgotados todos os recursos disponíveis, reapareceu recentemente quando o STF decidiu em nova jurisprudência, agora no HC 126.292 (STF, 2016, p. 01), que o início do cumprimento da pena pode se dar após sentença de segunda instância:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas

corpus denegado. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator

A questão do julgamento desse *habeas corpus* se refere à prisão para cumprimento imediato da pena. Os ministros, nos seus votos, ponderam sobre o alcance do Princípio da Presunção de Inocência, se termina na sentença de segunda instância, permitindo a possibilidade de prisão imediata do réu. Também outros quesitos, como por exemplo, se é absoluto ou não o Princípio da Presunção de Inocência. Segundo ministros da corte suprema, o exemplo da não absolutariedade é a prisão provisória, mesmo que tenha seus requisitos específicos. Assevera Lenza sobre isso (2012, p. 77):

Apenas quando não forem cabíveis mais recursos contra a sentença condenatória é que o réu poderá ser considerado culpado. Referido princípio, como se verá não é absoluto, pois a própria Constituição permite a prisão provisória antes da condenação, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 5º, LXI).

Os limites da interpretação constitucional devem respeitar o estado democrático de direito, na medida que deve efetivar a segurança jurídica. Hodiernamente a justiça se preocupa com a efetividade na prestação jurisdicional, e não ultrapassar o que o legislador pretendeu, também é dar efetividade às normas constitucionais. O Supremo Tribunal Federal é o bastião da interpretação constitucional, onde os parâmetros dessa interpretação são postadas. Esses parâmetros, sobre os limites da interpretação constitucional, são clareados por Pedro Lenza (2011, p. 151):

Diante das premissas de interpretação postas, surge a necessidade de se estabelecerem parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da idéia de certeza e segurança jurídica. Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo ou o não conhecimento da ação em termos de segurança, prefere-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos. Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a constituição como verdadeira técnica de decisão.

Extrai-se assim que interpretar a norma não é apenas dar-lhe literalidade, mas perseguir uma correta interpretação, mesmo que possa parecer uma não interpretação correta.

É o que se pode entender nas palavras de Kelsen (1998, p. 250).

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vistas da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

O Princípio da Presunção de Inocência também é percebido na questão do uso das algemas em pessoas não condenadas. Pelo prisma em que um cidadão que não tem sua culpa provada, colocar algemas nele (abstraindo os casos permitidos conforme legislação), seria dar tratamento igual aos conferidos para os condenados. Vejamos a súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal, que verte o assunto (STF, 2016):

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Também no mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio, relator do HC 91.952/SP, escreve sobre o uso de algemas e o princípio da não culpabilidade (STF, 2008):

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento do Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado, indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

O Supremo Tribunal Federal, com a nova jurisprudência, reveste uma nova interpretação do “trânsito em julgado”, onde antes as sentenças condenatórias de segunda instância não levavam à prisão imediatamente por entenderem que o termo acima era referente ao último recurso, mesmo que a tribunais superiores. A questão remete à semântica do que é trânsito em julgado, ao que o garantismo constitucional aponta como todo e qualquer recurso pendente. Essa leitura do artigo 5º LVII não comportava interpretação diferente do que aponta jurisprudência dos próprios tribunais superiores (BRASIL, 2008):

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PARCIALMENTE MANTIDA EM GRAU DE APELAÇÃO CRIMINAL. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO PENDENTES DE PROCESSAMENTO. SENTENÇA QUE CONDICIONOU O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. RESIGNAÇÃO DO PARQUET A QUO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA. CO-RÉU NÃO-PACIENTE QUE SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL IDÊNTICA. EXTENSÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE (ART. 580 DO CPP). 1. Caracteriza constrangimento ilegal a determinação do início da execução da sanção por ocasião do julgamento de apelação criminal, se a sentença condenatória condicionou a prisão do paciente apenas após o trânsito em julgado da decisão repressiva e se, quanto a este aspecto, não houve recurso do Ministério Público e o decisum encontra-se sub judice, ante o ajuizamento de recursos especial e extraordinário. 2. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, estendendo-se os efeitos desta decisão ao co-réu não-paciente, ex vi do disposto no art. 580 do CPP (STJ - HC: 106005 SP 2008/0099312-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/10/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20090202
 --> DJe 02/02/2009).

A aplicação do Princípio de Presunção de Inocência pode ocorrer na fase probatória onde além do réu ter o direito de permanecer calado (artigo 5º LXIII da CF/88), obtendo o benefício do *in dubio pro reo*, porque depois do devido processo legal e em caso de dúvida do magistrado ou as provas forem consideradas insuficientes, considera-se inocente o réu. O *in dubio pro reo*, é regra emergente do Princípio da presunção de Inocência, cabendo à acusação toda a carga probatória contra o réu, não restando qualquer dúvida razoável. Caso não o faça, subsistindo a dúvida, tem-se considerado que a acusação não se desincumbiu de seu ônus, deve-se considerar presumido o processado inocente. Ainda nessa fase o tratamento ao acusado também é ligado ao Princípio de Inocência, na medida em que enquanto não for definitivamente condenado, não pode ser tratado como culpado, restringindo apenas o mínimo nos direitos possíveis. Dessa forma, é possível com base nessa dúvida, uma sentença absolutória (BRASIL, 2012):

EMENTA: APELAÇÃO. ESTELIONATO. PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. INVESTIDURA DE JUÍZES MILITARES. CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. Preliminar arguida para declarar nulo o processo, a partir do julgamento, sob o argumento de que o Conselho Especial de Justiça foi constituído por juízes militares irregularmente investidos, uma vez que foram sorteados em primeira instância, à revelia desta Corte, em desconformidade com o disposto nos artigos 31 da Lei nº 8.457/92 (LOJM) e 168-B do RISTM. O silêncio da parte interessada, no momento processual adequado, sana possível irregularidade não aventada na fase processual oportuna, passando a ser agasalhada pelo manto da preclusão. Para que seja declarada a nulidade de ato judicial, é curial que a parte interessada comprove o prejuízo sofrido, conforme exige a regra do art. 499 do CPPM. Preliminar não

acolhida, por unanimidade.No mérito, há de ser absolvido o militar acusado da prática de estelionato, por haver supostamente recebido quantia indevida, destinada à compra de materiais para o Órgão em que servia, o qual foi posteriormente ressarcido. A incerteza quanto à culpabilidade do acusado deve ser resolvida em favor do réu, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*. Ainda que notórios os esforços havidos nas investigações, a ausência de prova testemunhal, quanto aos fatos narrados na denúncia, inviabilizam a construção de decreto condenatório.Recurso desprovido.Decisão unânime.(STM - AP: 116320067010401 RJ 000011-63.2006.7.01.0401, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 08/05/2012, Data de Publicação: 29/05/2012 Vol: Veículo: DJE).

Com relação às prisões cautelares que podem ocorrer no decorrer do processo, estas se coadunam com o Princípio de Presunção de Inocência na medida que requerem pressupostos de admissibilidade, bem como devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de tornar-se execução antecipada da pena, atingindo nesse caso a presunção de inocência do acusado. Dessa forma, o julgado (BRASIL, 2016):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TESES DE NEGATIVA DE AUTORIA E DE AUSÊNCIA DE PROVA CONTRA O PACIENTE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO WRIT. TESES AFASTADAS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. GRAVIDADE DO CRIME E SUPOSTA PERICULOSIDADE DO PACIENTE DEMONSTRADAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NÃO IMPEDE A PRISÃO CAUTELAR QUANDO DEMONSTRADOS A NECESSIDADE DA MEDIDA E O ATENDIMENTO DE SEUS REQUISITOS. EVENTUAIS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS AO RÉU NÃO IMPÕEM A REVOGAÇÃO DO DECRETO. RELATIVO ATRASO NO TRÂMITE PROCESSUAL JUSTIFICADO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO SUPERADA. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE. (TJ-AL - HC: 05000516920138020000 AL 0500051-69.2013.8.02.0000, Relator: Des. Otávio Leão Praxedes, Data de Julgamento: 19/06/2013, Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/06/2013)

Também no tocante à confissão pelo acusado, o Código de Processo Penal em seu artigo 197 (BRASIL, 2016) diz que nem mesmo a confissão pura e simplesmente afasta o Princípio da Presunção de Inocência, pelo motivo da mesma precisar ser corroborada pelas demais provas do processo:

O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Então, nessa seara, referente ao Princípio da Presunção de Inocência, a nova jurisprudência se veste de uma dimensão importantíssima no meio jurídico porque a decisão do STF no *Habeas Corpus* 126.292, muda completamente o marco para início do

cumprimento da pena. Sem dúvida, sabemos que o direito não é estático, e por ele a comunidade jurídica trabalha diuturnamente para a melhor aplicação do sentido de se fazer a justiça.

3 O HABEAS CORPUS 126.292/2016 – JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente Habeas Corpus, objeto desta monografia, se originou na inconformidade de réu ao ter negada liminar em sede de habeas corpus impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 313.021/SP. Novo recurso então endereçado ao Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus nº 126.292, onde o ministro relator Teori Zavascki deferiu a liminar ao recurso. Por seguinte, o relator ministro Teori optou por levá-lo a plenário onde, após explanação dos motivos desse habeas corpus ser objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, a despeito da Súmula 691 que aduz que não cabe ao STF conhecer habeas corpus impetrado contra decisão do Relator pela qual, em que em sede de habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Nesse caso o STF o conheceu, pelo motivo de ser considerado teratológico, manifestadamente ilegal (STF, HC 126.292, p. 4):

Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestadamente ilegal (v.g., entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014).

O Habeas Corpus numero 126.292 de 17 de fevereiro de 2016 traz nova jurisprudência para as instâncias ordinárias de segundo grau, na medida que possibilita, a partir daquela, sentenciar o réu a cumprir a pena a que foi lhe imputado, mesmo que pendente apelo à instância superior.

Até então, e desde 2009 (HC 84.078), o Princípio da Presunção de Inocência tinha como condão de impedir a execução da pena, mesmo se houvesse sentença de segunda instância recorrível. Era o entendimento construído naquele writ, desde a promulgação da Carta de 88. Vejamos a ementa desse Habeas Corpus de 2009 (STF, HC 84.078):

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos

veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

O Habeas Corpus acima então jurisprudenciava o norte para os demais tribunais sobre o Princípio da Presunção de Inocência, argumentando que o cumprimento da pena, se pendente qualquer recurso, era incompatível com a Constituição Federal.

A nova jurisprudência, vazada pelo Habeas objeto desta monografia, tem o condão de lançar um novo paradigma, tanto para estratégia na defesa criminal, quanto à satisfação de

uma maior celeridade para o início do cumprimento de pena.

O cerne da discussão jurisprudencial ora estudada se encontra no alcance do Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade. Para alguns doutrinadores o termo certo seria “não culpabilidade” porque a Constituição não explicitou o termo “presunção de inocência” já que consta na Carta que “ninguém será considerado culpado...”. Nomenclaturas à parte, a questão continua sendo se o indivíduo pode ser começar a cumprir a pena após a segunda instância ou seja, o marco temporal de quando o réu será preso, se após considerado analisada todas as provas e fatos ou após as pendências de todo e qualquer recurso válido ainda no processo. Nesse diapasão, compara-se o que diz também Pedro Lenza, sobre o réu que responde o processo em liberdade (LENZA, 2012, p. 77):

O Supremo Tribunal Federal, todavia, com base no princípio da presunção de inocência, firmou entendimento de que a pessoa que respondeu ao processo em liberdade não poderá ser presa nem mesmo quando a condenação for confirmada em 2ª instância, se ainda houver recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores. O mandado de prisão só poderá ser expedido após o trânsito em julgado do último recurso.

Nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, se destacam as argumentações para votar contra ou a favor no habeas corpus em julgamento do HC objeto deste estudo. Sabemos que a decisão denegatória do writ em tela, por sete votos contra e quatro a favor, demonstra a ambiguidade que se pode inferir por uma ou outra argumentação. Assim, o acórdão colou nova jurisprudência no ordenamento jurídico, merecendo estudo também pelo fato de existirem quatro votos vencidos no acórdão. Denegaram a ordem de habeas corpus, sete ministros: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A favor da ordem mandamental, e vencidos portanto, os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Mas a decisão deste habeas corpus ora estudado, no que pese as várias argumentações dos excelsos ministros, possui uma forte dimensão hermenêutica. As decisões dos magistrados, se sabe, contém um decisão fundamentada, mas também uma carga discricionária na prolação da sentença de acordo com o artigo 371 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015): “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Um julgador pode ter entendimento diferente do outro, o que é natural, e o alcance dessa hermenêutica dos dispositivos legais são plurais.

A decisão estudada nesse trabalho, assim, também requer saber quais os limites na

interpretação da Carta Magna no que se refere à presunção de inocência. Em âmbito criminal, mais importante ainda se revela essa hermenêutica, pois o tempo passado na prisão, por um inocente, não pode ser remediado.

3.1 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOS MINISTROS E A DOCTRINA

O julgamento desse writ tem muita relevância, no que pese a concessão em si da liminar para a liberdade no caso concreto dentro do recurso, mas também o alcance e limitação de quando se considera inocente ou não culpado o paciente. A argumentação ministerial é vasta ao se discutir o Princípio da Presunção de Inocência. Este capítulo tratará dos principais argumentos, os mais relevantes que parecem encontrar o cerne da questão julgada, que são: a questão da celeridade judicial frente a segurança jurídica e o marco temporal do processo em que é possível o início do cumprimento da pena.

O primeiro ponto é momento atual do volume de processos relacionados com a capacidade do judiciário em julgar milhares de processos, ou seja, cumprir a garantia constitucional estampada no artigo 5º, LXXVII da Constituição Federal, sobre a Razoável Duração do Processo, dever do Estado e direito do cidadão, harmonizando a celeridade da justiça e segurança jurídica, direito da sociedade como um todo. Sabemos que os processos possuem um ritmo de julgamento, ou seja, de acordo com a própria complexidade do caso concreto, podem vir a serem julgados depois de muito tempo. A morosidade dos processos afetam a todos, inclusive os réus, pois um paciente inocente não quer que o seu processo dure quase que eternamente. O Estado preza não só pela celeridade, mas que o processo tramite de acordo com todos os requisitos processuais devidos, até se chegar na justiça adequada.

Outra questão importante é a discussão de quando termina a presunção de inocência ou de não culpabilidade, referencial para se presumir o réu culpado e assim cumprir a pena imposta pela jurisdição. Essa discussão passa, nas exposições dos ministros, pela doutrina de maneira a avaliar seus pontos de vista, como por exemplos as estatísticas do sistema prisional, comparações com o sistema judiciário alienígena, e principalmente o fim do revolvimento da matéria fática no processo. Muito debatido nos votos também é a questão do término de apreciação de fatos e provas em segunda instância, onde alguns ministros supõe a necessidade de iniciar o cumprimento da pena. O contraponto para outros ministro é que apesar do termino de análise de fatos e provas, a Constituição garantiria somente a possibilidade de prisão após todos os recursos recorríveis, ou seja, uma leitura literal e garantista da Constituição.

3.1.1 A celeridade da justiça e a segurança jurídica

A celeridade judicial e a segurança jurídica passam por uma dimensão axiológica, o quanto e o que queremos que tenha valor dentro do processo judicial. Uma lentidão processual pode levar a uma falha a garantir direitos individuais. Uma rapidez demasiada pode levar a fragilização de alguns princípios, como o da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal.

Muitos processos tramitam por anos, cada movimentação processual leva tempo, despachos a cumprir, oitivas, perícias, recursos e mais recursos acabam por deixar a prestação jurisdicional muito comprometida no quesito rapidez.

Há bastante tempo a autotutela deixou de ser um caminho e hoje o cidadão necessariamente tem cada vez usado mais a justiça para resolver seus conflitos, exigindo muito mais do Poder Judiciário. Se por um lado aumentou o acesso da população à justiça, a duração razoável do processo está longe de ser satisfatório. A celeridade talvez seja uma utopia processualmente falando. O que está em jogo é qual o parâmetro ideal de celeridade, sem que seja afetada a segurança jurídica. Precisamos de uma prestação jurisdicional rápida, mas rápida processualmente, sem atropelar a Ampla Defesa, o Contraditório e o Devido Processo Legal.

A garantia de uma celeridade razoável em que o processo jurisdicional promova justiça sem esquecer direitos é uma grande dificuldade do judiciário, apesar de comandos constitucionais para dar vazão a essa necessidade, como o do inciso XII do artigo nº 93, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;”. Porém, nem sempre esse comando constitucional se amolda à realidade, como no caso do superpovoamento de processos nas estantes do judiciário.

A celeridade ganhou maior destaque no nosso ordenamento com a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

A segurança jurídica também é outro ponto que nos importa. Esperamos o processo dure um tempo razoável. Se o tempo for estendido, poderá ocasionar perdas, talvez irreversíveis. Daí a importância de se ter a segurança de que aquele processo transcorreu dentro das normas e lei, o Devido Processo Legal.

Ao conjunto de celeridade e segurança jurídica no processo criminal, chegamos à efetividade jurisdicional decorrente da própria função do Poder Judiciário e é inerente à sua natureza, dirimindo o contencioso (CINTRA, 2010, p. 145):

Da jurisdição, [...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Nesse caso do habeas corpus ora estudado nesta monografia, vários ministros, principalmente os que denegaram o remédio constitucional, se referem a uma necessidade da rapidez na tramitação dos processos criminais, de modo o processo deságüe no cumprimento da punição e não dê margem a falta de efetividade jurisdicional.

Em várias argumentações do integrantes do STF relatam a preocupação a se dar uma satisfação à sociedade frente ao crimes que se arrastam anos para enfim o réu começar a cumprir a pena a que foi condenado. A segunda instância é requerida, em vários passagens argumentativas dos votos, como a plausível de se demarcar o começo da execução da pena.

No entender do Ministro Teori Zavascki, há a necessidade de uma melhor efetividade da função jurisdicional através da volta da jurisprudência anterior (STF, HC 126.292, p. 18):

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

O Supremo Tribunal Federal é, por certo, o tribunal destinado a analisar as questões constitucionais, mas principalmente dar a interpretação da Carta Magna ao contencioso julgado por ele.

A função jurisdicional, dentre as funções do Poder Judiciário, é sua função típica. Segundo Lenza, a função jurisdicional é inerente à natureza do Judiciário, ao que assim se conceitua (2011, p. 151):

Podemos conceituar a jurisdição como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”.

Na sua argumentação, expõe o ministro Fachin (STF, HC 126.292, p. 24-25) que admitir a absolutariedade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, seria também admitir que a execução imediata da pena privativa de liberdade só poderia se operar quando o réu se conformasse e porventura deixasse de opor novos embargos declaratórios, como se condicionada a uma aquiescência do réu, isso devido, segundo o ministro, ante à possibilidade de inúmeros recursos e os incipientes mecanismos para repelir esses procedimentos protelatórios.

Porém, a Constituição Federal de 1988 consagra o inciso XXXV do artigo 5º como Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Princípio do Direito de Ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não obstante o destinatário desta norma seja o próprio legislador, a norma atinge a todos indistintamente não obstaculizando qualquer pessoa do seu direito de movimentar o Poder Judiciário. Cita Nelson Nery (JUNIOR, 2012, p. 186):

Em passado recente tivemos episódio histórico que envergonhou o direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos Estados totalitários da primeira metade deste século, que proibiam o acesso à justiça por questões raciais. Trata-se da edição do Ato Institucional 5, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente da República – que para tanto não tinha legitimidade –, que, em seu art. 11 dizia: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Em seu voto Barroso pondera que a mudança de entendimento pode se amparar da chamada Mutação Constitucional (STF, HC 126.292, p. 32): “Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto.”. Descreve o ministro a Mutação Constitucional é associada a uma mudança fática da realidade e que o Direito existe dentro da sua realidade e não abstratamente, sendo portanto, equacionado entre a norma e a realidade.

Segundo Sarlet (SARLET, 2016, p. 114), existem os meios (instrumentos ou mecanismos) formais para mudar o texto constitucional, obedecido os parâmetros do poder constituinte, como por exemplo as emendas constitucionais. No que tange o meio informal de

mudança constitucional, não se fala em mudar o texto em si, mas a sua interpretação, muda-se o entendimento dado à matéria.

A constituição é o regulamento jurídico da sociedade, a estrutura regulatória do comportamental de um povo, presumindo-se que para tanto, tenha estabilidade nessas mesmas normas e assim se adequando à segurança jurídica e aos direitos e garantias individuais. Mas ao mesmo tempo que essas normas possuem uma relativa estabilidade no que tange a sua interpretação, a sociedade que ela regula é dinâmica, e como tal deve ser harmonizar com a evolução dela e dentro dos parâmetros dos direitos e garantias individuais. A economia muda, as relações interpessoais, a evolução tecnológica, toda essa dinâmica leva a uma freqüente releitura da norma. A uma nova interpretação da norma é chamada pela doutrina de Mutação Constitucional. Essa mutação constitucional vemos com Nathalia Masson (MASSON, 2015, p. 55):

[...] no direito brasileiro identifica-se a mobilidade interpretativa do texto como o fenômeno da mutação constitucional. Mutação é uma alteração da Constituição que não incide sobre seu texto e sim opera nas normas que pairam subjacentes a ele, de forma que o texto permaneça intacto, íntegro, enquanto o sentido que dele se extrai (a interpretação da norma escrita) é modificada. É, pois, um mecanismo informal de mudança da Constituição, de viés nitidamente hermenêutico, que não atinge o texto e sim a interpretação que se faz dele.

Os limites dessa interpretação é nos ensinado pelo próprio ministro Barroso em sua obra (Barroso, 2015, p. 127-128):

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

A Constituição deve sempre ser vivenciada e construída conjuntamente com a jurisprudência, de modo a atender e corresponder ao progresso de um povo. Por certo não é estática a jurisprudência constitucional, mas deve sempre ser evolutiva, e refletir os anseios da população, se calcando nas garantias constitucionais duramente conseguidas ao longo do tempo. As situações fáticas da sociedade são transmitidas aos tribunais hodiernamente, não

para pressionar por uma ou outra jurisprudência a “toque de caixa”, mas para que o STF justifique a sua função de guardião da Carta, e por ela sendo guiado.

O ministro Luis Roberto Barroso também pondera que infundáveis recursos aumentam a carga de trabalho do judiciário, para que se dê garantias processuais penais ao réus (STF, HC 126.292, p. 32):

Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%⁶. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

No voto do ministro Luís Roberto Barroso, o argumento celeridade processual e efetividade jurisdicional para justificar seu voto é a constatação, pelo ministro, que o sistema atual não atende os requisitos de uma justiça ideal, ou seja, combate à impunidade e rapidez adequada do processo penal, assim se referindo à jurisprudência anterior (STF, HC 126.292, p. 34):

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

De fato a carga de trabalho do judiciário é conhecida como muito grande, milhares de processos abarrotam as instâncias ordinárias, frente à demora processual fruto do próprio sistema que permite que em um processo seja operada a prescrição. Continua o ministro Barroso (STF, HC 126.292, p. 46):

No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum

Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

Cada vez mais nos deparamos com o tamanho volume de processos nas instâncias judiciárias, fruto atualmente de uma maior amplitude do acesso do cidadão ao judiciário. O relatório Justiça em Números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 277-279) revela que somente na Justiça Federal, em 2014 o ano começou com um estoque de 8,5 milhões de processos, um aumento de 4,3 pontos percentuais em relação com o ano anterior, com uma expectativa de aumento de mais 4 pontos percentuais ao final daquele ano, carga essa para 1.751 juízes federais.

O ministro Barroso ainda finaliza seu voto no sentido de que essa mudança de paradigma evita que a punição penal possa ser retardada por anos e décadas, e que o início de cumprimento da pena evita a morosidade processual e conseqüente prescrição dos delitos.

Essa maior carga de processos dificulta o julgamento para uma sentença definitiva. Onde o réu em um processo normalmente aguarda em liberdade, excetuando-se as prisões cautelares. A liberdade é a regra, sobre isso nos fala Nelson Nery (JUNIOR, 2013, P. 213):

Como a regra constitucional geral conseqüente do princípio da não culpabilidade é a liberdade, são incompatíveis com a Constituição normas que impõem a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por esse motivo não foram recepcionados os dispositivos legais que mandam o réu recolher-se à prisão para que possa ser julgado pelo tribunal do júri e para poder apelar da sentença penal condenatória.

Num ambiente democrático a liberdade é o corolário do sentido da justiça: dar exatamente a punição na medida de sua culpabilidade. Quanto menor a reprovação quantificada no ordenamento, menor a pena imposta em face da liberdade do indivíduo. Decorre do próprio sistema o processo (e celeridade) a ser desenrolado, e o seu melhor ou pior resultado nas decisões judiciais, pois influem diretamente na segurança jurídica que esperamos.

Por sua vez, a ministra Rosa Weber relatou que adota como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência do tribunal. Se refere da seguinte forma quando à segurança jurídica nesse caso (STF, HC 126.292, p. 55) :

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada

impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.

A manutenção da jurisprudência anterior num ângulo de segurança jurídica, revela a ministra que a decisão anterior (HC 84.078) já tinha analisado o tema com profundidade naquela ocasião, não sendo o melhor caminho alterá-lo com uma nova compreensão do texto constitucional. Ressalta ainda a ministra, referindo que a jurisprudência anterior era a da impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, já tinha sido apreciado o tema com profundidade e à luz da Constituição.

Sabemos que é possível a mudança na jurisprudência, em novas decisões hermenêuticas considerando o caso concreto. Observa-se porém, que o nosso ordenamento jurídico é o romano-germânico, onde as fontes do direito são a doutrina e a legislação que fundamentam as decisões judiciais. Assim, a decisão judicial não pode ultrapassar os limites dos princípios norteadores do direito de maneira que o ativismo judicial não se transforme em ativismo legislativo.

No voto do ministro Luiz Fux, nos relata a necessidade de se não dar guarida, no processo penal “ad infinitum”, nas palavras dele, para a execução da pena (STF, HC 126.292, p. 59):

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

A prescrição penal é possível pelo decurso do tempo que o Estado tem para punir o agente infrator. Um processo infinito não é salutar ao Estado, sabemos. Mas é direito também do réu não sofrer um processo que dure demasiadamente. A prescrição é então meio de harmonizar esses dois pólos de maneira que se encontre meio termo na obrigação de punir estatal com a duração razoável do processo. É opção do legislador os mecanismos da prescrição punitiva penal como por exemplo o artigo 109 do Código Penal que dispõe a pena

em abstrato para cálculo da pretensão punitiva do estado. Outras prescrições como a prescrição em concreto que se regula pela pena declarada na sentença. Desta forma a pretensão punitiva da pena definitiva se regula pela lei, após todos os recursos extinguidos.

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes demonstra preocupação com a possibilidade de inúmeros recursos protelatórios que dificultam a efetividade de uma condenação ante à prescrição punitiva. Desse modo escreve (STF, HC 126.292, p. 64):

Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um habeas corpus, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite. Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça.

A problemática dos recursos protelatórios se liga diretamente com o princípio do direito de recorrer, de maneira que o excesso de recursos decorre da possibilidade de interpor uma apelação ante uma negativa do direito esperado. A legislação pátria possui diversas oportunidades do réu se aproveitar de uma delas para interpor um recurso. Surgem aí dois pólos: a efetividade da jurisdição versus a segurança jurídica. A dúvida seria saber o que seria demais em termos de recursos para que seja considerado protelatórios para a justiça. Um exemplo seria o Recurso Especial nº 731024 de 2 de dezembro de 2015 (BRASIL, 2015), onde o ministro julgador depois de julgar o recurso, o agravo regimental e mais cinco embargos de declaração, aplicou multa considerando a totalidades destes recursos como protelatórios.

Mesmo que seja considerado protelatório um ou mais recursos, o sistema, como vemos, possui meios de combater a prática (ex.: multa). A opção do legislador em fornecer uma gama de recursos disponíveis ao réu traduz o pensamento democrático da Legalidade e do Devido Processo Legal.

Pela vez do ministro Marco Aurélio, demonstra o julgador preocupação com a morosidade da justiça criminal, mas que por esse motivo os princípios esculpidos na Carta não podem ser esquecidos ou transmutados (STF, HC 126.292, p. 77):

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode

viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

E demonstra preocupação com a mudança, segundo ele, recente da jurisprudência sobre o tema: “Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta [...]”

Porém uma mudança nesse quadro, sem passar por uma reforma processual, apenas abreviando o processo e iniciar o cumprimento da pena antes do final do processo, poderá ir de encontro às garantias constitucionais. Na argumentação do ministro Marco Aurélio (STF, HC 126.292, p. 78): “Indaga-se: perdida a liberdade, vindo do título condenatório provisório [...] transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? [...] A resposta, Presidente, é negativa.”

Em voto do ministro Celso de Mello, aparece a preocupação com o retrocesso legal ao não se conferir a presunção de inocência ao réu durante o processo como um todo, pois esse princípio é legitimado pela idéia democrática construída ao longo do tempo. E faz referência, à vários diplomas que corroboram a tese de que ninguém será considerado culpado senão após condenação transitada em julgado (STF, HC 126.292, p. 81):

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Repisa então, o ministro Celso de Mello na óbvia, mas importantíssima idéia de que a evolução humana no que tange aos direitos e garantias individuais são construídas ao longo do tempo e por isso mesmo são caras essas conquistas humanas. Se por um lado a evolução da sociedade requer cada vez mais respostas da jurisdição ao resolver os contenciosos, de outro deve estar sempre incólume os direitos do cidadão conseguidos ao longo da evolução social e jurídica. Celso de Mello alerta que a Carta traz bem nítida esses parâmetros (STF, HC 126.292, p. 88), referindo-se ao inciso LVII, art. 5º, C.F., ao assinalar: “A nossa Constituição

estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal.”.

Pela vez, o ministro Ricardo Levandowski recorda o voto do ministro Eros Grau, relator do HC 84.078, que para a efetividade da Justiça não importam argumentos importantes para fazer ultrapassar o que diz o princípio esculpido na Constituição Federal, quando à não culpabilidade (STF, HC 126.292, p. 97):

Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.

Reitera o ministro, quando do voto no HC 84.078/2009 que decidiu pela aplicação do princípio da não culpabilidade até o último recurso, que para o processo penal a interposição dos recursos extraordinário e especial não obstam a eficácia do título condenatório penal, ainda prosseguindo a favor do réu, a presunção de não culpabilidade.

Então, nessa linha de pensamento, quando se fala em segurança jurídica frente à celeridade desejável no processo penal, verifica-se que o significado da Ampla Defesa significa toda, e não menos, possibilidade recursal antes de recolher definitivamente o réu à prisão.

Também como não poderia ficar à margem de discussão, a questão de que se ao terminar a discussão da matéria proba-fática já é possível a prisão ou não. Veremos então adiante.

3.1.2 A questão do marco temporal para o fim da presunção de inocência e possibilidade de cumprimento da pena

A constituição federal desde 1988 é garantidora de direitos de várias dimensões, onde o seu preâmbulo faz referências ao exercício de uma gama de direitos, como os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, fundados em uma harmonia interna e internacional para a solução pacífica das controvérsias, ganhando assim o apelido de Constituição Cidadã, tendo o Supremo Tribunal Federal verdadeiro guardião do seu texto constitucional.

Para se iniciar o cumprimento da pena, o processo deve obedecer em sentido amplo, o

Devido Processo Legal. Entendemos que o processo deve seguir as leis, as normas, mas sobretudo deve ser compatível com a Constituição. Além disso o processo deve ser Devido, ou seja justo (justiça). Essa é a melhor acepção do Devido Processo Legal. Assim, desta forma justa e dentro da lei que o Estado procura atuar jurisdicionalmente, procurando a justiça através da Carta Magna.

Assim, o Princípio da Presunção de Inocência é o marcador da justiça no processo, onde o réu é tratado como inocente até o final do processo, garantindo ao Estado fazer a “justiça justa”.

O STF também deve garantir a efetivação da jus puniendi do processo, sendo essa também sua inafastável função institucional. Para isso a retomada da tradicional jurisprudência, conferido apenas efeito devolutivo aos recursos especiais e extraordinários, traz harmonia entre o Princípio da Presunção de Inocência e a efetividade da função jurisdicional penal segundo descreve em próprias palavras o relator Teori Zavascki (BRASIL, HC 126.292, p. 4-5):

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

Continua o ministro de que a execução provisória da pena já era jurisprudência do próprio STF mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, e cita julgamento de remédio constitucional em 1991 que assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão condenatório, mesmo que recorrível (STF, HC 126.626, p. 5):

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

O réu, ao ser condenado em primeira instância, já tendo assim havido uma cognição de culpa, tem o direito de ver ser recurso ao tribunal imediatamente superior, onde, aí sim fica

exaurido o exame de fatos e provas, revelando-se assim concretizado o duplo grau de jurisdição. Os recursos especiais e extraordinários somente tem cognição de matéria de direito, não analisando fatos e provas. Leis infraconstitucionais podem ter efeito imediato de sentença, como na lei complementar 135/2010 (lei da ficha limpa), que em seu artigo 1º, I, de que a partir de uma sentença de colegiado referente a crimes nela relacionados, é causa de inelegibilidade, trazendo assim efeitos ao acusado, mesmo sem trânsito em julgado.

Também, segundo o ministro Teori, temos que o último marco interruptivo do prazo prescricional é a publicação da sentença ou acórdão recorríveis (artigo 117, IV do Código Penal), ou seja, os apelos aos recursos especiais e extraordinários não acarretam interrupção da contagem do prazo prescricional, revelando-se um meio inibidor da efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, o ministro Teori Zavascki vota no sentido de que existe um exaurimento da presunção de inocência na eventual condenação e assim um juízo de culpabilidade decorridos do trâmite da ação penal, onde, os elementos de prova são colhidos (STF, HC 126.626, p. 9):

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Aduz Zavascki, ainda em seu voto, que ressalvada a revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, fixando a responsabilidade criminal do acusado. E resume dizendo, que o julgamento no Tribunal de apelação ocorre espécie de preclusão da matéria que envolve os fatos da causa.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin acompanhou o relator, e dentre os principais argumentos, começa o ministro que a regra constitucional, da presunção de inocência, não deva ter caráter absoluto, sem que tenha conexão a outros princípios e regras constitucionais, não permitindo assim, que se chegue à conclusão de que somente esgotados todos os recursos disponíveis ao réu se pode começar a cumprir a pena. Dessa maneira, continua o ministro, para harmonizar o Princípio da Presunção de Inocência com o da duração razoável do processo, os tribunais superiores não se devem prestar a uma terceira ou quarta instância para chegar à sanção criminal.

Também assevera Fachin, repisando o relator, de que os tribunais superiores não se prestam a revolver matéria fática de casos concretos, função esta de instâncias ordinárias onde o juiz aí deve apreciar provas e fatos. Segue ainda o ministro Fachin, aduzindo que os tribunais superiores tem os papéis de estabilizadores, uniformizadores e de interpretação das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais, e que o acesso individual a essas cortes visa oportunizar isso.

Cita Fachin, ainda, que a matéria fática é analisada apenas nas instâncias ordinárias, o que não pode dar ao paciente, uma terceira ou quarta chance de absolvição, lê-se isso (STF, HC 126.292, p. 23):

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes. [...] A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

E finaliza Fachin no sentido de que em se tratando de recursos criminais na Suprema Corte, é determinado a certificação do trânsito em julgado com a baixa imediata dos autos, independente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem considerados protelatórios. Isso já configuraria um limite imposto pela Corte à presunção de inocência.

O ministro Luís Roberto Barroso pondera em seu voto que o momento para início da execução da pena é ao final da segunda instância por três motivos: o primeiro motivo é o próprio momento final das instâncias ordinárias que se estabeleceriam algumas certezas jurídicas como a da materialidade dos fatos, a autoria e impossibilidade de discussão posterior de fatos e provas. Segundo que o uso abusivo de recursos favorecem muito, e não seriam exceções, a protelação ao cumprimento da pena, gerando na maioria das vezes a prescrição punitiva. E em terceiro lugar que o Estado tem o dever, e a sociedade exige, uma razoável duração do processo para que a ordem pública seja preservada.

A ministra Rosa Weber discorreu, em seu voto favorável à ordem, além de ser favorável a manutenção da jurisprudência consolidada até então da não possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, também mostrar que há um confronto entre a legislação infraconstitucional que justificaria a prisão antecipada, e o texto expresso na Constituição. A dificuldade da ministra em rever essa jurisprudência também tem em conta que a

jurisprudência até então foi amplamente discutida e não caberia uma mudança radical na mesma (STF, HC 126.292, p. 57): “[...] penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.”. A manutenção da jurisprudência, nesse sentido, se refere a um garantismo penal.

O ministro Luiz Fux analisa o tema e também infere que, processualmente, termina a presunção de inocência no segundo grau de jurisdição (STF, HC 126.292, p. 60):

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

Também o ministro Fux argumenta, que as instâncias ordinárias, não são mais o que se espera da constituição devido a incongruência sistêmica e social. De modo que deve-se aplicar um sentido mais restrito do Princípio da Presunção de Inocência, cessando a mesma após sentença de segunda instância. Nessa linha de pensamento do ministro Fux, lemos Ferreira Filho (FILHO, 2010, p. 276) que nos faz pensar a respeito do papel político judiciário do STF, na medida que o papel legislador se transfere ao judiciário para que através da interpretação judicial das leis encontre uma melhor adequação da Constituição ao momento atual. É o chamado ativismo judicial:

É generalizado o registro de que contemporaneamente ocorre uma judicialização da política (quem sabe, melhor se diria judicialização de *questões políticas*, mas conformemo-nos com a fórmula usual, que é sintética), com a *assunção pelo Judiciário de um inequívoco papel político*. Trata-se de um fenômeno universal como comprovam os estudos contidos em edições da *International Political Science Review*, sob o título “a worldwide phenomenon”². No Brasil, fui talvez um dos primeiros a apontá-lo, em artigo publicado em 1994³. **2.** Este fenômeno manifesta-se por diferentes caminhos e em diversos graus. Destes, o mais significativo é a transferência de decisões para o Judiciário em detrimento do Legislativo e do próprio Executivo. Isto pode ocorrer por força de normas constitucionais, contudo, não raro, decorre de atividade expansiva dos magistrados (ou, como se diz, do ativismo judicial).

A ministra Cármen Lúcia infere, por sua vez, que a esfera da culpa termina nas vias ordinárias, citando a Súmula 279-STF (STF, 2016) onde se lê: “Para simples exame de prova não cabe recurso extraordinário.”. Assim, seu voto, a ministra Cármen Lúcia pondera a distinção entre se considerar culpado e se considerar condenado. Assim, a Constituição refere que sobre a culpa, é que a consideração de não culpa, esta sim deverá existir até o trânsito em julgado (STF, HC 126.292, p. 62): “Por isso, Presidente, considerarei [...] no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa antes do trânsito, e não da condenação [...]” A

ministra Cármen, difere culpa da prisão, onde a primeira é analisada e sopesada nas vias ordinárias, se dando o veredicto final da culpabilidade do agente.

Pela vez, para o ministro Gilmar Mendes há a necessidade da prisão após as vias ordinárias, se culpado. Diz que quando esgotadas as vias ordinárias, tem-se uma declaração considerável de culpa, sendo imprescindível a prisão para cumprimento de pena. Cita, no seu voto, a função dos recursos extraordinários (STF, HC 126.292, p. 68): “A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, [...] serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.”.

Assim, também o ministro Gilmar Mendes vota pelo viés da interpretação ampla do Princípio da Não Culpabilidade, em que após as vias ordinárias, não havendo mais a apreciação de fatos e provas pode-se começar a aplicar a sanção punitiva.

Sobre o marco final para considerar a culpabilidade e execução da pena, o Ministro Marco Aurélio assim se refere (STF, HC 126.292, p. 79):

Peço vênias para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

O ministro Celso de Melo anda pela mesma senda que o ministro Marco Aurélio, que a o sentido expresso no art. 5º, inciso LVII, não permite interpretações a diminuir a garantia de não culpabilidade (STF, HC 126.292, p. 88):

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por fim, o voto do presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, dentre outros argumentos, compara os tipos penais da ofensa à propriedade, do crime de furto e do roubo, onde se aplica penas mais severas do que os crimes contra a pessoa, fruto da escolha do legislador em privilegiar a proteção do patrimônio no ordenamento jurídico. Nessa linha de

pensamento, o ministro lembra que o legislador se preocupou com os prejuízos e a restituição integral do bem nos crimes contra o patrimônio, citando o art. 520 do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 520. (...) IV. o levantamento de depósito em dinheiro" - vil metal - "e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Assim, na comparação com os crimes de patrimônio, a presunção de inocência, e consequentemente a liberdade, é protegida pela Constituição no seu artigo 5º, pois de fato a liberdade não é um bem restituível, como nas palavra ainda do ministro Ricardo Lewandowski (STF, HC 126.292, p. 101):

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

O ministro Lewandowski também faz referência à quantidade de presos, hoje em torno de seiscentos mil segundo o mesmo, e que destes quarenta por cento são de presos provisórios. O argumento é que, com a nova jurisprudência, piorará um sistema prisional totalmente caótico e já até considerado um “estado de coisas inconstitucional” como descrito no ADPF nº 347 (BRASIL, 2015):

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Dessa maneira, é considerável se pensar em reformular o sistema prisional, também tão necessário quanto a celeridade processual ou mitigação do Princípio de Não Culpabilidade, isto para se dar uma resposta aos anseios da sociedade.

Toda essa discussão acerca da nova decisão jurisprudencial por certo envolve toda a sociedade, no que concerne uma visão mais célere de justiça, causando repercussões que veremos no próximo capítulo.

4 REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Antes mesmo do julgamento do Habeas Corpus 126.292 já se discutiam as possibilidades de mudança na jurisprudência. Em 2011 se discutia a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2011 (BRASIL, 2011), que no texto original mudaria os artigos 102 e 105 da Constituição Federal, transformando os Recursos Extraordinário e Especial em ações rescisórias, assim permitindo a imediata execução das sentenças condenatórias de segunda instâncias:

Ementa: Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. **Explicação da Ementa:** Altera o art. 102 da Constituição Federal para incluir a ação rescisória extraordinária dentre os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal; estabelece as hipóteses de cabimento da ação rescisória extraordinária; determina que, na ação rescisória extraordinária, o autor demonstre a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros; modifica o art. 105 da Constituição Federal para incluir a ação rescisória especial dentre os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça; especifica os casos de ajuizamento da ação rescisória especial; remete à legislação ordinária o estabelecimento dos casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial.

Um ponto argumentativo na decisão dos ministros nos votos do HC 126.292, se refere ao Recursos Extraordinários e Especiais, onde, nas explicações dos referidos votos, se prende de que não há matéria fática ou apreciação de provas a serem analisadas nesses recursos, autorizando assim se decidir pela culpabilidade do indivíduo, possibilitando sua prisão. O advogado Aury Lopes Jr, na revista eletrônica Conjur (CONJUR, 2016) fala em culpabilidade num conceito normativo de total término do processo penal, inclusive em instâncias de tribunais superiores:

Os defensores da decisão argumentam que o imputado é considerado “culpado” com a decisão de segundo grau, na medida em que somente cabem recurso especial e extraordinário, que não permitem “reexame de prova”. Duplo erro. Primeiramente há que se compreender o que é ‘culpabilidade normativa’ e ‘culpabilidade fática’. [...], a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode

afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Por outro lado, associações de magistrados, delegados comemoram a possibilidade de prisão em segunda instância, como a homepage da Associação Nacional de Delegados da Polícia Federal, que segundo esta dará maior efetividade no combate à corrupção (ADFP, 2016):

O presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), Carlos Eduardo Sobral, disse que a decisão vai dar mais forças a investigações como a Lava Jato. “Fortalece a Lava Jato, fortalece todas as operações policiais, fortalece a promoção da justiça e fortalece o fim da sensação de impunidade”, afirma Sobral.

Assim o tema relativo à prisão em segunda instância tem sido debatido não só pelos operadores direito, em suas teses, mas na prática em jurisprudências dos tribunais e até em âmbito administrativo, como vemos no Mandado de Segurança nº 20.209 (BRASIL, 2013):

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. DESCLASSIFICAÇÃO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Hipótese em que a impetrante foi excluída do certame na fase de sindicância pregressa por ter respondido a inquérito policial, por exercício irregular da advocacia (assinatura do "livro de advogados" em cadeia pública enquanto ainda era estagiária), o qual restou arquivado em razão de prescrição. 2. O Advogado Geral da União é autoridade legítima para figurar no polo passivo da demanda, posto que a parte se insurge em relação à homologação do certame, publicada pelo AGU no âmbito de sua competência (fls. 119) (arts. 4º, XVI, da LC 73/93 e 12, § 1º, I, da Lei 10.480/02), bem como requer, em última análise, o reconhecimento do seu direito à nomeação ao cargo de PFN, cuja responsabilidade é também daquela autoridade (arts. 4º, XVII e 49, § 2º, da LC 73/93, 12, § 4º, da Lei 10.480/02 e 2, III, do Dec. 4.734/03). Precedente: MS 13.237/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Seção, DJe 24/04/2013. 3. A tese trazida na impetração encontra amparo na jurisprudência deste STJ e também a do STF, que se orientam, em remansosa maioria, pela vulneração ao princípio constitucional da presunção de inocência quando, em fase de investigação social de concurso público, houver a eliminação de candidato em decorrência da simples instauração de inquérito policial ou do curso de ação penal, sem trânsito em julgado. Precedentes: AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/02/2014; AgRg no RMS 24.283/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 08/06/2012; AgRg no RMS 28.825/AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 21/03/2012; AgRg no RMS 29.627/AC, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 09/08/2012; AgRg no REsp 1.173.592/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 06/12/2010; RMS 32657/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14/10/2010. 4. Soma-se a isso que, do que se tem nos autos, não se vislumbra que a candidata possua um padrão de comportamento social ou moral reprovável, a ponto de impossibilitá-la do exercício do cargo para o qual concorreu e foi devidamente aprovada, mormente porque os fatos a ela imputados ocorreram em

2002; o inquérito policial tramitou por vários anos sem a apresentação de denúncia por parte do Ministério Público, acabando arquivado em 2008 em face da prescrição em perspectiva (fls. 68/71); as omissões acerca das condutas adotadas diante da abertura do inquérito policial não tem o condão de configurar grave desvio de conduta; e não há prova da alegada falsidade ideológica, tampouco informação de reincidência ou cometimento de qualquer outra conduta desabonadora no decorrer desses anos (consoante certidões de "nada consta" de diversos órgãos públicos - fls. 78/99). 5. Segurança concedida, para, reconhecida a nulidade do ato administrativo que desligou a candidata do certame em questão, determinar seja a mesma considerada aprovada, com a posterior nomeação e posse no cargo de PFN. Prejudicado o agravo regimental. (STJ - MS: 20209 DF 2013/0169681-3, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/10/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/10/2014).

Então, tema tão relevante, que diz respeito a liberdade e garantias individuais, não poderia passar incólume a debates no meio jurídico. Análises de juristas de um modo geral questionam a legalidade da decisão, visto que foi uma mudança radical na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Outros entes da comunidade jurídica também se manifestaram sobre o assunto, já que tal postulado (de não culpabilidade antes do trânsito em julgado) é de sobremaneira importante nas relações jurídicas.

O Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, se posicionou contra o entendimento vazado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292, onde segundo as palavras de seu presidente nacional Claudio Lamachia, o princípio em questão é cláusula pétrea na Constituição (OAB, 2016): “A advocacia é a voz da cidadania. Quando uma condenação acontece sem derivar do respectivo trânsito em julgado, tira-se a oportunidade do cidadão de defender-se em todas as instâncias que lhe couber por meio da atuação de seu advogado”

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), entidade não-governamental, atuante desde 1992, em seu boletim número 281 do mês de abril/16, publica artigo sobre o assunto, asseverando entre outros pontos, a possibilidade de reforma das decisões de segunda instância (IBCCRIM, 2016):

Sem subterfúgios: há uma enorme irresponsabilidade político-crimeal envolvida na decisão do STF. Apenas como parâmetro, entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões de HC do STJ modificava algum aspecto das decisões emitidas pelos julgados de segunda instância. E nem falemos daquelas decisões que são mantidas em sede do STJ e modificadas pelo STF, ou quem sabe dos julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores. (9) O que se dirá dos expressivos equívocos depois do cumprimento da pena erradamente? E nem que fosse apenas um caso! Trata-se do *preço da democracia*.

De fato, conforme pesquisa da Fundação Getúlio Vargas sobre Habeas Corpus nas instâncias superiores, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal

Federal, o assuntos tratados em sede de habeas corpus referem-se em boa parte em (FGV, 2016): erro na dosimetria da pena base; cerceamento de defesa; erro na dosimetria de agravantes; erro na fixação de regime de cumprimento da pena, dentre outros. Em consequência, vemos o quão importante são os tribunais superiores para sanar erros processuais da segunda instância. Alguns exemplos podemos citar: erro na dosimetria da pena (BRASIL, 2016):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. PENA DEFINITIVA REDUZIDA. EXISTÊNCIA DE MERO ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. O acórdão atacado não incorreu em reformatio in pejus, havendo mero erro material a ser reparado. 2. Ordem concedida para, reconhecendo a existência de erro material na parte dispositiva do acórdão impugnado, retificá-la e fixar a pena definitiva, nos termos das razões de decidir do julgado, em 07 (sete) anos, 10 (dez) meses e 02 (dois) dias de reclusão e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no piso legal.(STJ - HC: 241662 DF 2012/0092550-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2013)

Erro na dosimetria de agravantes (BRASIL, 2016):

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. JUSTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE ERRO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DE CO-RÉU. ART. 580, CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO. 1. O aumento pela agravante genérica da reincidência não é estabelecido pela lei. Deve o Magistrado sentenciante demonstrar, com circunstâncias específicas, a necessidade de um maior rigor, estabelecendo, de modo justificado, segundo o seu livre convencimento, o quantum necessário à melhor aplicação da lei penal. (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). 2. Ainda que a Defesa não sustente, em sede de apelação, o desrespeito ao critério trifásico de individualização da pena, cabe ao Tribunal a quo, já que se devolve no apelo o conhecimento pleno da matéria, reformar a reprimenda, sobretudo quando o fez para co-réu. 3. Writ concedido parcialmente para cassar o acórdão e a sentença na parte relativa à dosimetria das penas dos Pacientes, a fim de que, sem prejuízo da condenação, sejam novamente individualizadas, sem o indevido acréscimo na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes, observando-se a devida fundamentação quanto ao agravamento de 1/3 das penas (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), bem como o sistema trifásico de aplicação da pena (art. 68 do Código Penal).(STJ - HC: 23033 MS 2002/0072166-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/11/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20041213
 --> DJ 13/12/2004 p. 385)

Erro na fixação do regime de cumprimento da pena (BRASIL, 2016):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. DIMINUIÇÃO, EM 1/3, COM FULCRO NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. PENA CONCRETIZADA: 2 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRAL

FECHADO. ALEGAÇÃO DE ERRO NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2o., § 1o. DA LEI 8.072/90. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CPB NA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA. ADMISSIBILIDADE, ANTE A INEXISTÊNCIA DE DIPLOMA NORMATIVO PRÓPRIO. REGIME ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O PACIENTE CUMpra A PENA EM REGIME ABERTO. 1. A alegação de erro na fixação do regime prisional ou de inconstitucionalidade do regime integral fechado não foi examinada pelo Tribunal estadual, que se limitou a discutir a possibilidade do Apelo em liberdade, o que inviabiliza a apreciação do tema por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância. 2. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional o § 1o. art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, o que autoriza o deferimento do writ, de ofício, para afastar a proibição ao benefício com fundamento no referido dispositivo legal. 3. Referida decisão remeteu ao art. 33 do CPB, ainda que sem essa específica intenção, as diretrizes para a fixação do regime prisional para crimes considerados hediondos, por ausência de outro diploma normativo legal. Assim, na hipótese, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal e diminuída de 1/3, por força da aplicação do art. 33, § 4o. da nova lei de tóxicos, o paciente faz jus ao regime aberto para o início do cumprimento da pena. 4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta ao paciente (STJ - HC: 88117 SP 2007/0178595-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/02/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.03.2008 p. 1)

Cerceamento de defesa (BRASIL, 2016):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PEDIDO EXPRESSO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO 1. Configura cerceamento de defesa o julgamento de habeas corpus sem que se atenda ao pedido expresso de prévia intimação, por qualquer meio, do impetrante para a realização de sustentação oral. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido para que o Superior Tribunal de Justiça realize outro julgamento, com prévia ciência dos advogados dos recorrentes, de modo a permitir-lhes a realização de sustentação oral. (STF - RHC: 122615 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 23/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 20-10-2014 PUBLIC 21-10-2014)

O Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional que é, resguarda em última palavra a interpretação constitucional do contencioso jurídico. E como não poderia deixar de ser, a mudança de entendimento do Princípio da Presunção de inocência, onde agora o réu, condenado em segunda instância, pode ser compelido a começar a cumprir a pena mesmo que pendente recurso aos tribunais superiores. Sendo assim, é natural que o mundo jurídico reaja pela importante guinada jurisprudencial acontecida, visto que se fala em mitigação de um direito até então protegido como direito fundamental: o direito de não ser preso ante a uma sentença recorrível.

E não tardou para que o Excelso Tribunal fosse chamado a rever a decisão ora vertida, materializando-se isso nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 (BRASIL, 2016) e 44 (BRASIL, 2016), propostas respectivamente pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. As ADCs propostas pediam Medida Cautelar suspendendo efeitos relativos a prisão com base na decisão do Habeas Corpus 126.262 que gerou demasiada controvérsia acerca do Princípio de Não Culpabilidade, pois tribunais de todo o país já estavam aplicando a jurisprudência, mesmo sem força vinculante, aos processos correntes. O pedido dessas ADCs era pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal devido a controvérsia surgida no HC 126.292. O PEN argumenta que não foi analisado o conteúdo do artigo do Código de Processo Penal, alterado em 2011, da necessidade do trânsito em julgado para o cumprimento da pena, ainda segundo o partido, o STF deveria ter declarado a sua inconstitucionalidade no julgamento do HC 126.292. Em caráter cautelar, o partido pede que não sejam presas novas pessoas com base na nova jurisprudência e que sejam suspensas a que estejam em curso. Também pleitearam que no julgamento da ADC nº 43 fossem desencarceradas as pessoas presas pela nova jurisprudência do STF. Subsidiariamente, os autores pediram a interpretação do art. 283 do CPP conforme a Constituição, determinando que até o final da ação a aplicação de medidas alternativas à prisão, definidas no artigo 619 do CPP (medidas cautelares diversas da prisão). Também a ADC 43 pediu subsidiariamente que fosse dado efeito suspensivo, interpretando conforme a Constituição o artigo 637 do CPP (do efeito apenas devolutivo do Recurso Extraordinário).

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pela OAB, revela a problemática da relativização do Princípio da Presunção de Inocência. Conforme a entidade, causou limitação no direito de ir e vir ao permitir a prisão após segunda instância. Também pondera a OAB que a decisão do HC 126.292 não tem efeito vinculante e que tribunais de todo o país poderão seguir a jurisprudência, criando conflito com o artigo 283 do CPP. A OAB alegou na ADC, que o STF não se pronunciou a respeito do artigo 283 do CPP, presumindo-se que continua válido. Pediu a OAB, assim, a suspensão de todas as execuções antecipadas de pena baseadas na decisão do HC 126.292 nos tribunais de segunda instância, e no mérito, declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, com eficácia *erga omnes* (para todos) e efeito vinculante. A defesa oral no Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 foi feita pelo conselheiro federal Juliano Breda, onde ele destacou que o dispositivo do Código de Processo Penal foi alterado em 2011 justamente para se adequar à Carta Magna (OAB, 2016):

A decisão do legislador ao alterar o CPP para incluir a norma espelhando o dispositivo constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII) foi o de assegurar a impossibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No dia 5 de outubro de 2016 deste ano foram julgadas as ADCs 43 e 44, e o relator das duas ADCs, o Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da medida cautelar no sentido de determinar a suspensão de execução provisória da pena que não tenha sido transitado em julgado e ainda, pela libertação dos réus que tenham sido presos por causa do desprovimento de apelação e tenham recorrido ao Superior Tribunal de Justiça, exceção feita à prisão provisória. Mas, por sete votos a quatro o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início do cumprimento da pena sentenciada em segunda instância, restando indeferidas as Medidas Cautelares pleiteadas nessas ADCs, considerando ainda que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais.

Segundo Lenio Luiz Streck, em texto em meio eletrônico Conjur (CONJUR, 2016), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44 foram propostas porque o STF errou ao não invalidar o aludido artigo 283 do CPP, pois o referido artigo é obstáculo para a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292 sobre a presunção de inocência. Streck lembra que o próprio ministro Teori Zavascki assim contraria posição que ele mesmo assumira como ministro do Superior Tribunal de Justiça na Reclamação nº 2.645 (BRASIL, 2009), na qual seria uma ofensa à Constituição em se negar preceito normativo sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. De fato, o ministro Teori no voto na referida Reclamação aduz:

No que diz respeito especificamente aos órgãos jurisdicionais, não se admite, porque então sim haverá ofensa à Constituição, seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade.

Por final, o Supremo Tribunal Federal analisou no Plenário Virtual, repercussão da matéria sobre a prisão em segunda instância, no ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 964264 decidido no dia 11 de novembro de 2016 com maioria de votos pela confirmação de que é constitucional a prisão após sentença em segunda instância, vencidos assim, os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra

Rosa Weber não se manifestou. O regimento interno do STF prevê que o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, para casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, pode ser realizado por meio eletrônico. O ministro Teori Zavaski, teve a ele distribuído esse ARE, por prevenção, já que fora ele relator da matéria no Habeas Corpus 126.292. Agora a matéria da prisão em segunda instância passa a ter repercussão geral, com a decisão (BRASIL, 2016):

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

Também cabe ressaltar que, com relação à sentença condenatória em segunda instância que permite agora o cumprimento imediato da prisão, se a decisão do colegiado não for unânime, cabe embargos infringentes, não o esgotando assim os recursos nessa segunda instância e conseqüentemente não se permite ainda a prisão. É o que depreende-se do julgamento do Habeas corpus nº 359.339/STJ (BRASIL, 2016):

EMENTA. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe de 17/5/2016). Tal entendimento, cumpre asseverar, restou confirmado quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43/44. II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade. III - No caso, contudo, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento o recurso de embargos infringentes, razão pela qual, na hipótese e por ora, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente. Habeas corpus concedido, tão somente para permitir que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.

Então, de acordo com a confirmação, pelo STF nas ADCs 43 e 44 pela prisão em segunda instância, mesmo que tribunais inferiores decidam pela não início do cumprimento da sentença de segunda instância, a mesma poderá ser derrubada pelas instâncias superiores a partir de recurso.

5 CONCLUSÃO

A despeito da nova interpretação da presunção de inocência, que permite a prisão em segunda instância, é notório a repercussão desse assunto atualmente, porque se trata do importante princípio que rege a liberdade do indivíduo. Não por acaso vários institutos procuram normatizar ou regular quando e como se deve segregar alguém da sociedade. Regimes autoritários, diametralmente opostos à noção de liberdade como regra, foram paulatinamente acabando no mundo contemporâneo, dando assim uma maior amplitude para o Princípio da Presunção de Inocência. Internacionalmente, cada país tem seu modelo relativo ao início do cumprimento da pena, em qual instância ou se pendente recurso. O Pacto de San José da Costa Rica veio trazer maior clareza ao Princípio, na medida que restringe a culpabilidade do agente para depois do trânsito em julgado do processo. O Brasil, sendo um dos países que acolheu as regras desse Pacto, referendando-o, traz assim ao nosso ordenamento jurídico pressupostos de garantias ao indivíduo de somente ser considerado culpado após esgotados todos os recursos. A nossa Carta, apesar de ser considerada super-rígida, por conter um núcleo duro, pétreo, pode ter alguns de seus artigos interpretados pelos tribunais, como aconteceu na decisão STF.

No HC 126.292, então os ministros expuseram votos divergentes, a decisão do STF ora estudada encontrou dois argumentos conflitantes principais: de um lado, os votos favoráveis à ordem em uma visão garantista do Princípio da Presunção de Inocência, que não permitiria a flexibilidade do mesmo e a conseqüente cumprimento da pena após sentença de segunda instância, alçando assim esse direito de presunção de inocência à condição de cláusula pétreo. De outro lado, o argumento vencedor, e agora pacificado com a repercussão geral, em que flexibiliza-se o Princípio da Presunção de Inocência em interpretação extensiva da mesma, num ambiente de necessidade de celeridade judicial esperada pela sociedade, aliado ao argumento de que as instâncias ordinárias esgotam a matéria probo-fática, permitindo o início do cumprimento da pena, mesmo que possível recurso aos tribunais superiores.

Também, os tribunais brasileiros, na sua maioria, tem sofrido com grande carga de trabalho desde a promulgação da Carta de 1988 onde foram ampliados direitos do cidadão, criando naturalmente novas relações dentro da sociedade. Desta forma, era de se esperar que com o aumento da demanda ao judiciário, surgisse uma demora no julgamento dos milhares de processos que abarrotam as estantes dos fóruns. Nesse cenário, criou-se uma imagem de um Judiciário lento e ineficaz.

De fato, surge nesse ambiente o ativismo judiciário: a concretização pelo judiciário dos direitos fundamentais nas quais o poder público não assumiu seu papel. Vemos mais comumente o ativismo judicial nas demandas referentes a ações de medicamentos, ações para obrigar hospitais a internar paciente, dentre outros. No caso em estudo a demanda da sociedade é pela celeridade processual e por meios mais eficazes de combater a corrupção através de decisões mais duras por parte do judiciário.

Com o crescente aumento do número de processos, fruto do próprio amadurecimento da democracia brasileira, onde a Constituição é confrontada cada vez mais a novos problemas que, por não estarem em tese bem explicitados na Carta, compelem os tribunais a suprirem essa demanda.

Percebemos assim que o Judiciário não se encerra em si mesmo, decidindo as causas de maneira fechada e sentenciando conforme a letra fria da lei, mas de acordo com o nosso momento social, com decisões enfocando vários princípios conjuntamente. Vemos nessa recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus número 126.292 e posteriormente nas ADCs 43 e 44, que houve uma nova interpretação do Princípio da Presunção de Inocência, principalmente no que se refere ao marco final do que se entende como possível a prisão (após as instâncias ordinárias com o fim da matéria fática), bem como interpretar não literalmente o Princípio da Presunção de inocência no caso concreto, mas de acordo com outros princípios, da duração razoável do processo, além da resposta à sociedade para uma justiça mais eficaz e célere. Os operadores do direito, ao chamarem o STF a reverem a decisão jurisprudencial, como nas ADCs referidas, requerem principalmente que haja segurança jurídica de que por exemplo, ao final do processo de um possível RE ou RESP, que acarrete absolvição pelo motivo de uso de uma prova ilícita nas instâncias ordinárias, a decisão final se tornaria irrelevante, já que o preso já cumpriu a pena a partir da segunda instância.

Interpretações diferentes à parte, a decisão final sobre o Princípio da Não Culpabilidade, inovada então com o julgamento do Habeas Corpus 126.292, argumentada nesse remédio constitucional, é de que houve uma Mutação Constitucional, onde o texto não muda, ou seja, não há altera es físicas ou palpáveis próprias de uma Reforma Constitucional, mas uma nova interpreta o dada a um determinado assunto. E o objetivo desta monografia foi alcançado ao revelar o porquê da mudança do entendimento de que o sentido da presun o de inocência que trata o inciso LXVII do artigo 5  da Constitui o Federal   o da possibilidade de prisão após a sentença de segundo grau.

Existem muitos outros recortes pertinentes sobre o assunto, não tratados nesta

monografia, passíveis de estudos posteriores, como por exemplo, de que maneira ficará regado a prescrição da pretensão executória. Como agora o indivíduo pode começar a cumprir a pena a partir de segunda instância segundo o STF, a prescrição da pretensão executória teria então seu marco inicial a partir da condenação também na segunda instância já que o artigo 112, inciso I do Código Penal descreve o trânsito em julgado como início dessa prescrição para a acusação.

Depois do exposto nesta monografia, alcança-se o seu objetivo, na medida que foram expostas as argumentações ministeriais no HC 126.292, divergentes e a favor, dentro do método dialético, bem como também desenvolveu-se os assuntos, num procedimento comparativo que permitiu uma maior compreensão do tema que é a possibilidade de início do cumprimento da pena a partir da segunda instância.

Em que pese essa nova jurisprudência da Suprema Corte, as insurgências do meio jurídico são válidas porque os direitos e garantias não podem ser objetos de interpretação sem mudar a letra da lei, senão corre-se o risco de criar-se uma ditadura conveniente de um determinado grupo de pessoas detentoras do poder decisório.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERA. **Notícia.**

Brasília, 2016. Disponível em:

<http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=8408&tit=Decisao-sobre-prisao-em-segunda-inst%E2ncia-e-elogiada-por-juizes,-#.WCSq_vorK00>. Acesso em 10 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 1764. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 2004. Disponível em: <<https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a--dos-direitos.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Código de Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Constituição Política do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 08 nov. 2016.

_____. Decreto nº678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Lei Complementar nº 135 de 04 junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm> Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

_____. Lei nº 12.404 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 8 out. 2016.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. Notícias. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/52191/oab-defende-principio-da-presuncao-de-inocencia-em-julgamento-no-stf?argumentoPesquisa=presunc%C3%A3o>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº15/2011. Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>>. Acesso em 08 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 23.033 de 9 de nov. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7240040/habeas-corpus-hc-23033-ms-2002-0072166-3>>. Acesso em 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.117 de 7 fev. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19179649/habeas-corpus-hc-88117-sp-2007-0178595-4>>. Acesso em 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 106.0005/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2350335/habeas-corpus-hc-106005-sp-2008-0099312-3/inteiro-teor-12224187>>. Acesso em 06 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 241.662 de 3 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24270702/habeas-corpus-hc-241662-df-2012-0092550-0-stj>>. Acesso em 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 359.339 de 18 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/hc-stj-embargos.pdf>>. Acesso em 14 nov 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 20.209 de 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153307174/mandado-de-seguranca-ms-20209-df-2013-0169681-3>>. Acesso em 08 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.645/SP de 18 de novembro de 2009.

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8634143/reclamacao-rcl-2645-sp-2007-0254916-5-stj>>. Acesso em 28 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.024 de 2 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500381282>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 116320067010401 RJ 0000011-63.2006.7.01.0401 de 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22206447/apelacao-ap-116320067010401-rj-0000011-6320067010401-stm>>. Acesso em 12 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 de 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 17 nov 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 84.078-7/MG, 2009. Disponível em: <84>. Acesso em 11 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 91.952-9/SP, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 26 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 122.615 . Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298678/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-122615-sp-stf>>. Acesso em 05 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 313.021/SP. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial>>

=43422493&num_registro=201403439093&data=20150202&tipo=0&formato=PDF>.
Acesso em 24 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE nº 964246 de 16 abr. 2016. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 11 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas Vinculantes, 2016. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp>>. Acesso em 27 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas, 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em 23 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Alagoas, 2013. Habeas Corpus nº 05000516920138020000 de 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125573166/habeas-corpus-hc-5000516920138020000-al-0500051-6920138020000>>. Acesso em 11 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2008. Jurisprudência Mineira. Boletim , a. 59, nº 187, p. 13-18, out./dez. 2008. Disponível em:
<<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/536/1/NHv1872008.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Saraiva, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. **Artigo**. Franca, 2010. Disponível em:
<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 03 nov. 2016.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva, 2010.

JUNIOR, Nelson Nery, **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JURÍDICO. In: Conjur Revista Eletrônica. São Paulo, 2016. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. In: Conjur Revista Eletrônica. São Paulo, 2016. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 10 nov 2016.

_____. In: Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>>. Acesso em 02 nov. 2016

_____. In: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-A-pre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF>. Acesso em: 02 nov. 2016

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Humanos**. 1948. Disponível em <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Pacto de San José da Costa Rica. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <<http://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.