

MAURICIO CIONI JUNIOR

**USO ABUSIVO E DETURPAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: IMPUNIDADE ANUNCIADA E A IMPORTÂNCIA DA ATUAL POSIÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Assis/SP

2016

MAURICIO CIONI JUNIOR

**USO ABUSIVO E DETURPAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: IMPUNIDADE ANUNCIADA E A IMPORTÂNCIA DA ATUAL POSIÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Mauricio Cioni Junior.

Orientador(a): Prof. Me. Luciano Tertuliano da Silva.

Assis/SP

2016

**USO ABUSIVO E DETURPAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: IMPUNIDADE ANUNCIADA E A IMPORTÂNCIA DA ATUAL POSIÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

MAURICIO CIONI JUNIOR

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Luciano Tertuliano da Silva

Analisador 1: _____

Assis/SP

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

C576u CIONI JÚNIOR, Maurício
Uso abusivo e deturpação do princípio da presunção de inocência: impunidade anunciada e a importância da atual posição do Supremo Tribunal Federal / Maurício Cioni Júnior.-- Assis, 2016.
67p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Me. Luciano Tertuliano da Silva

1.Recurso 2. Jurisdição 3.Habeas corpus

CDD 341.4356

Dedico este trabalho aos meus Pais, Mauricio e Zelinda que em sua simplicidade me ensinaram que nunca devemos desistir de um sonho e de um objetivo, não importando o tão grande ele seja.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus pelo dom da vida, da sabedoria e da perseverança. Aos meus pais que, sem sombra de dúvidas, são o porto mais seguro onde posso ancorar-me nas vezes que os mares da vida se revoltam. A minha irmã que sua caminhada sempre me foi motivo de inspiração. A minha futura esposa Kaliny Ferraz que me acompanha fielmente nesta caminhada me mostrando o grande significado da palavra companheirismo, me ajudando a não perder o foco e suportando minhas irritações sempre torcendo para meu sucesso profissional.

Por fim, agradeço imensamente ao meu ilustre orientador Dr. Luciano Tertuliano da Silva por suas pontuais opiniões, por não ter hesitado em socorrer-me nas dúvidas que surgiram durante o processo de elaboração deste trabalho e por ter acreditado em minha capacidade.

A estes, e muitos outros, deixo meus sinceros agradecimentos.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Chaplin.

RESUMO

O presente trabalho enseja o debate acerca do princípio da presunção de inocência. Portanto, mediante uma profunda explanação acerca dos conceitos jurisdicionais, casos concretos e do próprio princípio, faremos uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alterada em 2009 e, recentemente, 2016.

Fundamentalmente, é visível que a partir de 2009, a excessiva demora na execução da pena através da exigência de se aguardar o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, trouxe como consequência o alargamento abusivo de recursos protelatórios. Consequentemente, os cidadãos se sentem desprotegidos legalmente, pois o princípio de presunção de inocência é usurpado por criminosos para adiar a execução da pena por anos. Em 2016, por meio do *Habeas Corpus* 126.292/MG, a jurisprudência é alterada, possibilitando a execução imediata da pena. Destarte, o presente trabalho advém para suscitar um debate acerca dessa nova jurisprudência e seus benefícios para a Justiça efetiva.

Palavras-Chave: Princípio da presunção de inocência; Jurisdição; *Habeas Corpus*.

ABSTRACT

The following article entails the debate around the presumed innocence principle. Therefore, through a deep explanation among the jurisdictional concepts, closed cases and the principle itself, we will do a critical analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, changed back in 2009, and more recently, 2016.

Primarily, is visible that circa 2009 there is an excessive delaying in the execution of the sentence by the mandatory judgement of extraordinary resources and special resources, bringing as consequence an abusive enlargement of dilatory resources. Consequently, the citizens feel unprotected by the law, since criminals exploit the presumed innocence principle in order to defer the execution of the sentence over years. In 2016, by the means of the Habeas Corpus 126.292/MG, the jurisprudence is altered, making possible to execute the sentence immediately. Thus, the following article comes to support the debate around this new jurisprudence and its benefits for a more effective Justice.

Keywords: Presumed Innocence Principle; Justice; Habeas Corpus 126.292.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 2 A ATIVIDADE JURISDICIONAL E A JUSTIÇA COMO VALOR SUPREMO E OBJETIVO FUNDAMENTAL..... | 15 |
| 2.1 DIREITO E JUSTIÇA..... | 16 |
| 2.2 JURISDIÇÃO..... | 17 |
| 3 ORIGEM, CONTEÚDO E EXTENSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: MECANISMO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA..... | 25 |
| 3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... | 25 |
| 3.2 EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TRATADOS, DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES EM NÍVEL INTERNACIONAL..... | 27 |
| 3.2.1 Declaração de Virgínia..... | 28 |
| 3.2.2 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789..... | 28 |
| 3.2.3 Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948..... | 29 |
| 3.2.4 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966..... | 29 |
| 3.2.5 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969..... | 30 |
| 3.2.6 Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1990..... | 30 |
| 3.2.7 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000..... | 31 |
| 3.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONSTITUIÇÕES MUNDIAIS..... | 31 |
| 3.3.1 Constituição Italiana..... | 32 |
| 3.3.2 Constituição Portuguesa..... | 32 |
| 3.2.3 Constituição Francesa..... | 33 |
| 3.2.4 Constituição Espanhola..... | 34 |
| 3.2.5 Constituição Mexicana..... | 34 |
| 3.2.6 Constituição Argentina..... | 35 |
| 3.2.7 Constituição Alemã..... | 35 |
| 3.2.8 Constituição Norte-Americana..... | 35 |

| | |
|--|-----------|
| 3.4 COMPARATIVO DA APLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL..... | 36 |
| 4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ALTERAÇÃO EM 2009: MODIFICAÇÃO DESARRAZOADA E DESPROPORCIONAL DAS REGRAS RECURSAIS..... | 39 |
| 4.1 MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O <i>HABEAS CORPUS</i> 84.078-7/MG DE 05 DE FEVEREIRO DE 2009..... | 40 |
| 5 USO ABUSIVO E DETURPADO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO ÓBICE A JUSTIÇA EFETIVA..... | 46 |
| 5.1 CASO SENADOR LUIZ ESTEVÃO: A PERSONIFICAÇÃO DO USO DE RECURSOS PARA FINS PROTELATÓRIOS..... | 46 |
| 5.2 AS FALHAS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DE 2009 E A IMPRESCINDÍVEL URGÊNCIA DE UMA NOVA ALTERAÇÃO..... | 48 |
| 5.2.1. Recurso Especial e Extraordinário..... | 48 |
| 5.2.2. Comparativo com outros países e com as declarações mundiais..... | 50 |
| 5.2.3. Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal..... | 51 |
| 5.2.4. Princípio da Proporcionalidade..... | 52 |
| 6 ALTERAÇÃO DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM 2016: A CORREÇÃO DE UMA DISTORÇÃO MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACORDO COM A EVOLUÇÃO SOCIAL..... | 55 |
| 6.1 ANÁLISE DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP DE 17 DE FEVEREIRO DE 2016..... | 56 |
| CONCLUSÃO..... | 62 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 65 |

1 INTRODUÇÃO

Nossa discussão parte artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, em que diz: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Este princípio também pode ser denominado como princípio da não culpabilidade e, de modo literal, garante que ninguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado. Historicamente, esse artigo baseia-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, quando o mundo horrorizado pela Segunda Guerra Mundial e os rigores abusivos do regime nazista que fundia acusador e julgador na mesma pessoa, reuniu-se nas Organizações das Nações Unidas para ditar um tratado de âmbito mundial. O princípio da não culpabilidade advém da cautela de injustiças no processo, como, por exemplo, o uso de torturas comumente usadas para conseguir confissões. Então, o indivíduo não precisa mais demonstrar sua não culpabilidade, pois esta já é presumida.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, em seu artigo 11¹, estatuiu que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for considerada culpada mediante o processo público em que seja assegurada ampla defesa, contraditório e observância de todos os princípios do devido processo legal. Então, toda pessoa tem direito a que se presuma sua inocência.

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da não culpabilidade em seu artigo 5º, inciso LVII, ratificando a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse princípio da presunção de inocência em termos muito parecidos acabou sendo dotado como princípio da não culpabilidade. Resumindo, seja pela Declaração seja pela constituição federal de 1988 ninguém pode ser considerado culpado, toda pessoa se presume inocente até que haja uma condenação final, definitiva, transitada em julgada.

Logo que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, um grande processualista do Brasil incitou algumas questões num artigo de um jornal de grande circulação nacional, tais como: acabou a prisão provisória? Não tem mais prisão preventiva? Não tem mais prisão temporária? Ou seja, não tem mais nenhuma prisão antes da condenação definitiva? Todas as pessoas responderão soltas a todos os processos? Pois se a pessoa se presume inocente até a condenação final, como é que você pode prender um inocente antes da condenação? Como se pode prender uma pessoa que se presume inocente?

¹ Cf. <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm#11>

Essas questões sempre circundaram os ministros dos Supremos Tribunais Federais e Supremos Tribunais de Justiça. Muitas Súmulas e acórdãos foram elaborados para normalizar a jurisprudência no que se refere ao princípio da presunção da não culpabilidade. Em todas as ocasiões a conclusão da jurisprudência era a mesma: a prisão provisória, ou seja, a prisão antes da condenação transitada em julgado não ofende o princípio da presunção de inocência, mesmo que essa prisão não tenha natureza cautelar. Ou seja, o STF deixa exposto em todas essas decisões que além da prisão instrumental, pode haver outros tipos de prisão antes de transitado o julgado e não fere o princípio da presunção de inocência. Então, pode-se haver casos em que há execução da pena antes do trânsito em julgado.

Até que, em 2009, foi julgado o HC 84078/MG, relatado pelo iminente ministro do STF Eros Roberto Grau. Neste HC, o ministro relata o acórdão que dizia ser incompatível a execução de uma sentença antes do trânsito em julgado com o princípio da não culpabilidade, exceto em casos de prisão cautelar. Por sete votos a quatro, o STF alterou sua jurisprudência e, a partir de 2009, passou a entender o seguinte: só se é possível prisão antes do trânsito em julgado se for apresentado o caráter instrumental. Mesmo com o recurso especial e extraordinário não tendo efeito suspensivo, executar a pena antes do trânsito em julgado (mesmo que for em segundo grau) é uma afronta ao princípio de presunção de inocência.

Contudo, esse HC somente possibilitou que os recursos fossem usados para protelar a execução da pena por vários anos. Ou seja, o princípio da presunção de inocência teve seu caráter deturpado sendo utilizado para óbice a justiça efetiva. Muitos cidadãos viam criminosos sentenciados aguardando recursos em liberdade – ressalva-se que esse recurso não tem caráter suspensivo.

Por isso e alguns outros argumentos, em 17 de fevereiro de 2016, foi julgado um novo HC de número 126.292/SP relatado pelo Ministro Teori Zavascki. É proposto que o STF volte a compreender que a execução da pena após segunda instância, mesmo aguardando recursos especiais e extraordinários, não fere o princípio de presunção da inocência.

Muitos debates estão aflorados entre os intelectuais e operadores do Direito, as discussões estão muito dúbias. Então, o presente trabalho visa organizar melhor os conceitos para se tornar possível críticas fundamentadas.

Com a metodologia de natureza teórica, levantaremos a bibliografia dos mais notáveis doutrinadores para explanação de conceitos básicos. Os dois *Habeas Corpus* também serão meticulosamente analisados, exaltando as partes de maior relevância. Para

argumentação e defesa do nosso posicionamento quanto ao princípio da presunção de inocência, recorreremos aos ilustres doutrinadores, casos concretos e fatos históricos. Objetivamos, em sentido geral, defender que a alteração da jurisprudência feita pelo Ministro Teori Zavascki foi fundamental para a efetivação da Justiça.

Destarte, espera-se que ao final deste trabalho, o leitor possa estar mais fundamentado acerca deste princípio constitucional que inflama tantos debates desde quando foi proposto.

2 A ATIVIDADE JURISDICIONAL E A JUSTIÇA COMO VALOR SUPREMO E OBJETIVO FUNDAMENTAL.

Vivendo em sociedade, almejamos a paz e harmonia social, contudo, por se viver em sociedade é que existem os conflitos. É a fundamental contradição em se ter um convívio social. A partir do momento em que temos a sapiência das contendas e dos desvios de condutas humanos, surge a necessidade do exercício da Justiça e o nascimento do Direito.

O Estado Moderno, para melhor organizar a sua forma de executar a Justiça, é separado em três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário, assim como propôs Montesquieu. Essa separação deve ser depreendida como uma divisão funcional de poder, pois o Estado é fundamentalmente uma unidade. Os três poderes são independentes, mas harmônicos entre si, como expressa o artigo 2º da Constituição Federal. A partir da interação dos três poderes é que temos o Estado Moderno.

A cada poder temos o seu respectivo exercício, como explicita Alvim:

Ao Poder Legislativo corresponde a função de 'ditar as normas reguladoras das atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos', ou, em outras palavras, a função de criar o direito, de elaborar a norma geral e abstrata, reguladora da vida em sociedade, à qual estão sujeitos todos os que se encontram sob o seu império. As normas gerais e abstratas ditadas pelo Poder Legislativo compõe o ordenamento jurídico do Estado, ou o direito objetivo.

Ao Poder Executivo incumbe a função administrativa (ou executiva), provendo as necessidades gerais e realizando o bem comum.

Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional, no exercício d qual atua a lei (o direito objetivo) na composição dos conflitos de interesses. O Estado-juiz atua o direito objetivo à lide que lhe é apresentada in concreto e declara o direito aplicável. À função jurisdicional corresponde 'atuar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos. (2007, p.54)

Dessa forma, em nosso entendimento, o Estado é comprometido com o Direito que é composto pela Justiça. Para entendermos bem o valor da Justiça, abordaremos a sua relação com o Direito e suas implicâncias conceituais; a atividade jurisdicional e como sua organização enseja a justiça como objetivo fundamental. Ao final deste primeiro capítulo, asseguramos que o labor dos magistrados e a atuação do Direito serão vistos de outra forma, pois conheceremos como suas atividades são exercidas visando sempre a Justiça.

2.1 DIREITO E JUSTIÇA

Cotidianamente, o termo *Direito* é usado para diversas situações, principalmente quando refere-se a algo reto e/ou ordenado. Quando houve uma atitude satisfatória, dizemos que foi realizada direito; se uma pessoa é correta, qualificamo-la como direita; ou quando julgamos qualquer coisa como não sendo direita, queremos dizer que não está de acordo com o senso comum e com as normas morais e éticas. Dessa forma, podemos conceber o termo *Direito* relacionando-o com diversos termos, dentre eles, correto, irrepreensível, honesto, satisfatório, bom, exemplar, etc. De modo etimológico, concebe-se o direito como vindo “do étimo latino *directu* e significa o que é *recto*, probo e justo é, numa acepção mais restrita, o conjunto de disposições legais que regulam obrigatoriamente as relações dentro de uma determinada comunidade” (VILAR, 2005, p.1).

Além dos termos supracitados, o conceito de Direito está intrínseco à Justiça. Por *justo* depreendemos que seja algo que está em conformidade com o direito. Comumente, usamos os termos como complementares, por exemplo, quando nossos direitos são feridos, recorremos ao Poder Judiciário para que seja feita a *justiça*. Pela etimologia latina, justiça vem de *justitia*, e pode ser compreendida como “dar a cada um o que por direito lhe pertence, praticar a equidade” (*Idem*, p.2). Dentro do Poder Judiciário, encontramos vários órgãos que exercem atividades jurisdicionais afim de propagar a esperada *justiça*. Por conseguinte, constatamos que a definição de Justiça é favorável ao ideal de Direito, uma vez que o este normaliza as condutas de convivência social dentro da noção de justiça e decide sobre as atitudes injustas. Não defendemos que o Direito é a Justiça ou vice-versa, cada termo tem seu respectivo significado, contudo, ambas se complementam. Como se o Direito fosse o instrumento para a aplicabilidade do conceito de Justiça, ou seja, um seria a ideologia e o outro a práxis.

Devemos ressaltar a heterogeneidade do termo Justiça. Podemos distingui-la em três: a justiça entre dois indivíduos que se denomina comutativa; a justiça entre o cidadão e a sociedade que se chama legal; e a justiça entre o Estado e o indivíduo que é designada distributiva. Acerca disto, aduz A. B. Alves da Silva:

O Direito é o que compete a cada um, é pois, objeto da virtude da justiça sob algum desses três aspectos: da justiça comutativa, o que um indivíduo deve ao outro; da distributiva, o que o Estado deve ao indivíduo; da legal, o que o indivíduo deve à Sociedade. (SILVA *apud* MAFRA, 2005, p. 2)

Não é válido para o presente estudo, o significado de justiça como um *valor moral* de determinadas pessoas, isto é, aqui não caberá o conceito de justiça como uma qualidade e/ou virtude do indivíduo. Por exemplo, não condiz qualificar um juiz como justo a partir de um pensamento subjetivo, pois ao tratarmos a justiça como um valor, estamos sujeitados as variações pessoais dos indivíduos e prejudicamos um dos fundamentos da justiça que é a isonomia. Então, compreenderemos a justiça como objetiva, ou seja, em conformidade com o direito.

O objetivo axiológico do Direito – incluindo seus operadores – é a Justiça, valor absoluto. Contudo, precisamos desconstruir a ingênua presunção de que o Direito consegue a plenitude da Justiça, pois isso é um sofisma. A impossibilidade se dá, principalmente, pela dualidade do conceito de Justiça: ao mesmo momento em que defende a equidade, tem seu caráter subjetivo em reconhecer o indivíduo em sua singularidade (RADBRUCH, p. 25.). Defendemos que a igualdade pode ser injusta, uma vez que não temos as mesmas necessidades, contextos e privilégios, resultando na possível usurpação de direitos de não iguais. Todavia, permanecem questões como: quem são iguais e quem são desiguais? Como devem ser tratados o iguais e os desiguais? Por ser muito subjetivo, é difícil exatificar a ambiguidade existente na Justiça, e o Direito desvela por seus meios, não cometer arbitrariedade. Então, as leis e sua aplicação são condicionadas a certas exceções de desiguais. Por exemplo, se dois delinquentes cometem um mesmo crime, porém um é réu primário e o outro é reincidente, o primeiro terá sua pena inferior ao segundo; outro exemplo seria o caso de dois assassinos em que um foi por razões passionais e o outro por latrocínio, o primeiro terá mais privilégios que o segundo. O delito pode ser o mesmo, mas as circunstâncias são relativas e influem no processo para que este se aproxime da Justiça. A linha entre ser justo com os “desiguais” e a parcialidade é bem tênue, contudo os legisladores, magistrados e demais operadores do direito têm como fundamento principal o seu compromisso com a justiça e os meios de atividade jurisdicional ensejam a imparcialidade.

2.2 JURISDIÇÃO

Desde o advento do Estado moderno, o poder é subdividido em três: Legislativo, Executivo e Judiciário. A cada um cabe uma função estatal para alcançar o objetivo da paz social. Isto posto, o Legislativo “compete a estruturação da ordem jurídica; ao Executivo, a

administração; e ao Judiciário, a composição dos litígios nos casos concretos” (DONIZETTE, 2013, p. 5-6). Então, no âmbito do Poder Judiciário, há uma ramificação de órgãos que exercem atividades jurisdicionais e seu objetivo é de contribuir com a propagação da Justiça. Assim, a jurisdição compete o ofício de compor litígios e realizar o Direito. Sua atuação é composta por três enfoques: como poder que advém da soberania estatal; como função, pois é uma obrigação do Estado exercer a jurisdição quando há a ação; como atividade, porque a jurisdição atua nos trâmites do processo (*Idem*, p.6-7).

Consoante Cassio Scarpinella Bueno,

A ‘jurisdição’ pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos. Tal exercício de atuação do Estado, contudo, não se limita à *declaração* de direitos mas também à sua *realização concreta*, prática, com vistas à pacificação social. (2014, p. 249)

Pelo sentido etimológico de jurisdição, temos a junção das palavras latinas *jus* (direito) e *dicere* (dizer), interpretando-se como ‘dizer o direito’, sendo uma função do Estado pela qual este atua o direito na composição dos litígios, no sentido de resguardar a paz social e a norma de direito (ALVIM, 2007, p.55).

Comumente, nos meios acadêmicos do Direito, o conceito de jurisdição é sintetizado na sentença decretada pelo juiz. Todavia, esse é um equívoco, pois esse instrumento da Justiça não se limita a simplesmente oralizar o decreto. Acerca do exposto,

Importa destacar desde o início que a jurisdição, diferentemente da compreensão que lhe emprestou a doutrina tradicional do direito processual civil, não se restringe, apenas, à *declaração* judicial do direito. Jurisdição não é só *reconhecer*, no sentido de *declarar* quem tem e quem não tem um direito digno de tutela (de *proteção*) perante do Estado, ao contrário do que a etimologia da palavra poderia dar a entender (*juris+dictionis*, ‘dizer direito’). A jurisdição envolve também, pelo menos à luz do modelo constitucional do processo civil brasileiro, as medidas voltadas concretamente à *tutela* (à *proteção*) do direito tal qual reconhecido pelo Estado-juiz[...]. Jurisdição, portanto, não se resume a *dizer* (*declarar* ou *reconhecer*) o direito. Jurisdição é *também realizar, cumprir, executar, satisfazer* o direito tal qual reconhecido lesionado ou ameaçado. Integram a atividade *jurisdicional* – e, neste sentido, o estudo da jurisdição -, não só atividades ‘ideais’ ou ‘intelectuais’ (o magistrado verifica quem é o merecedor da *tutela* do Estado) mas, também, a prática de atividades ‘concretas’ ou ‘materiais’ (o magistrado, valendo-se do monopólio da força física do Estado, cria condições de satisfação plena daquele que é merecedor da tutela jurisdicional. (BUENO, 2014, p. 250-251).

Portanto, conceituamos Jurisdição como

o poder, a função e a atividade exercidos e desenvolvidos, respectivamente, por órgãos estatais previstos em lei, com a finalidade de tutelar direitos individuais ou coletivos. Uma vez provocada, atua no sentido de em caráter definitivo, compor litígios ou simplesmente realizar direitos materiais previamente acertados, o que inclui a função de acautelar os direitos a serem definidos ou realizados, substituindo, para tanto, a vontade das pessoas ou entes envolvidos no conflito. (DONIZETTE, 2013, p. 6).

Existem distinções na jurisdição devido a competência de cada órgão. Ou seja, pelo artigo 92 da Constituição Federal, é decretado a criação de órgãos jurisdicionais próprios para executar os processos de determinadas questões regidas por normas (materiais) específicas (BUENO, P. 259). Desse modo, compõe a *jurisdição especial* os campos trabalhistas, eleitorais e militares. Melhor dizendo, a Constituição Federal elabora uma “justiça” especialmente para o âmbito trabalhista (arts. 111 a 116), eleitoral (arts. 118 a 121) e militar (arts. 122 a 124 e art. 125, §§ 3º a 5º). Já a *jurisdição comum* – a que trataremos neste trabalho - engloba a jurisdição penal e a jurisdição civil, sendo que

se vai provocar a aplicação de norma de Direito Penal, ou de Direito Processual Penal, a jurisdição se diz penal; se o objetivo é o de aplicar a norma jurídica extrapenal, a jurisdição é civil. Ambas são funções atribuídas a órgãos do Poder Judiciário, apresentando diversidade unicamente *ratione materiae*, ou seja, entre causas civis e causas penais. (MIRABETE, 2001, P. 163).

A jurisdição é a função que o Estado tem de realizar o Direito. Dessa forma, o Estado tem o poder e a obrigação de manter a ordem e paz social por meio do Direito. Contudo, o Estado não tem a pró-atividade para realizar o processo, ou seja, a jurisdição só funciona se houver a ação. Após a ação por parte dos litigantes, a metodologia utilizada pelo juiz é o processo, que

é para exercer adequadamente a ‘função jurisdicional’ (a jurisdição) que o Estado Democrático de Direito vale-se de um específico método que garanta o atingimento de seus devidos fins pelos devidos meios. Esse ‘método’ é o *processo*. E também é decorrência deste entendimento mais amplo [...] a compreensão de que a jurisdição deve ser *adequada* para os fins mais amplos do Estado Democrático de Direito, assim a realização dos direitos dos cidadãos e do próprio Estados. (BUENO, 2014, p. 249)

Destarte, a ação, o processo e a jurisdição caminham juntos para a concretização para o exercício dos direitos na sociedade. Por causa da junção dos três, a jurisdição não se torna algo pessoal do juiz, pois, para que se chegue a sentença final, há um debate democrático envolvido em um processo para que o magistrado consiga elaborar a sua sentença o mais distante possível das injustiças. Os juízes são responsáveis pelo exercício da jurisdição em nosso país, todavia, precisam estar jungidos as normas, ou seja, só podem realizar sua função jurisdicional por meio de um processo, pois este é a legitimação para a função do poder. Consoante Donizette,

O resultado da atividade jurisdicional é alcançado com a edição da norma reguladora do caso concreto, ou seja, com a sentença ou acórdão que, com característica de imutabilidade, vai reger o conflito de interesses. Ocorre que o estabelecimento dessa lei de regência do caso concreto não se dá aleatoriamente, ao talante do juiz. A outorga da prestação jurisdicional, isto é, a resposta à provocação da parte cujo direito afirma ter sido ferido ou ameaçado, deve seguir um método previamente estabelecido, composto por regras e princípios frutos de um *debate democrático*. A esse meio, método, ou sistema que deve ser observado para o exercício da jurisdição dá-se o nome de *processo* (2013, p. 5, *grifos nosso*).

Por conseguinte, a jurisdição é compreendida como a função estatal personificada no juiz a fim de resolver os litígios, usando como meio de manifestação o processo. De modo sintético, pode-se afirmar que “a jurisdição é provocada mediante o direito de ação e será exercida por meio daquele complexo de atos que é o processo” (*Idem*, p.6).

Para melhor compreender a jurisdição, é importante analisar suas características. Por meio da análise das propriedades da jurisdição, julgamos que se torna mais cognoscível a compreensão do termo em estudo. Ademais, a partir do estudo de suas características, podemos perceber o quanto a atividade jurisdicional não dá margem para corrupções ou usurpações de direito, uma vez que, na composição da jurisdição é visado os direitos presentes na Carta Magna.

A atividade jurisdicional tem uma natureza de inércia no sentido de que ela não é prestada sem um requerimento. Dessa maneira, os interessados devem provocar a atuação do Poder Judiciário. Dá-se a inércia para assegurar a imparcialidade do juiz, que não se pró ativar para jurisdicionar um caso. Essa característica também se estende aos recursos, como explicita Bueno,

Salvo cada mais raras as hipóteses [...], não há reexame de quaisquer decisões jurisdicionais, salvo se o interessado, a tempo e modo oportuno, interpuser o *recurso* cabível. Se o processo ficar paralisado, sem qualquer provocação por mais de um ano por negligência das partes, o caso é de sua extinção, assim como é a hipótese de o autor deixar de promover por mais de trinta dias, os atos que a ele cabe. Do mesmo modo, embora o Estado-juiz condene o devedor a pagar ao credor uma determinada soma em dinheiro, o credor precisará requerer ao Estado-juiz que sejam praticados atos executivos contra seu patrimônio. (2014, p. 257).

Também tem um caráter de Substitutividade, uma vez que a decisão judicial vem a substituir o desejo das partes envolvidas no processo. Por isso que não podemos compreender uma jurisdição no âmbito privado. Conforme cita Bueno,

A jurisdição é *substitutiva* da vontade dos litigantes (independentemente de quem sejam eles) porque a decisão a ser proferida pelo Estado-juiz é imperativa a eles, de observância compulsória, obrigatória e, se for o caso, até mesmo forçada (2014, p. 253, grifo nosso)

É perceptível uma segunda propriedade da jurisdição a partir de seu aspecto de Substitutividade, sendo a imperatividade. Ou seja, a atividade jurisdicional é imposta aos litigantes. Desta forma,

O Estado-juiz, para realizar suficiente e adequadamente o objeto maior de pacificar os litigantes, imporá o resultado que, mediante o devido processo, entender aplicável ao caso, independentemente da concordância dos litigantes[...]. Os litigantes, desta forma, devem se sujeitar ao que for decidido. (*Idem*, o. 253-254)

A sentença proferida é imutável, evitando que se rediscuta um processo já julgado. De acordo com Bueno,

Uma vez prestada a atividade jurisdicional, substituída a vontade e os interesses dos litigantes pela 'vontade funcional' e pelo interesse do próprio Estado – interesse (dever) de pacificar a sociedade -, *imposta*, se for o caso, a solução do caso concreto- como consequência do monopólio da força física -, a atividade jurisdicional tende a se tornar imutável no sentido de impedir que ela seja rediscutida por quem quer que seja, inclusive pelo próprio Estado-juiz. É este o 'selo' de imutabilidade de determinadas decisões proferidas pelo Estado-juiz no âmbito da função jurisdicional – e só por ele no desempenho desta função-, que é chamado de 'coisa julgada material' [...] que tem previsão expressa no art.5º, XXXVI, da Constituição Federal. (*Idem*, p. 254).

Não obstante, devemos ponderar a citação supracitada. Para que as decisões jurisdicionais adquiram este status de imutabilidade tem-se que viabilizar a prestação da tutela jurisdicional da sua forma mais extensa. Então, após o processo legal em que há garantia da plenitude do contraditório, é possível a resolução do litígio e a imutabilidade da decisão para que evite a possibilidade de reincidência dos mesmos contraditórios.

Por sua natureza Indelegável, fica decretado que a jurisdição não pode ser outorgada a outrem. Isto é, somente exerce atividade jurisdicional os órgãos que são determinados pela Constituição Federal. Dessa forma,

O reconhecimento de quem é e de quem não é autoridade jurisdicional para fins de desenvolvimento da função jurisdicional é feito exaustivamente por aquele diploma normativo. (*Idem*, p. 255).

Existe normalização para o lugar devido à atividade jurisdicional por meio da Constituição Federal ou leis infraconstitucionais. Em nível nacional, os Tribunais Superiores exercem atividade jurisdicional (art. 92, § 2º, da Constituição Federal). Já os Tribunais Regionais Federais operam a jurisdição em sua respectiva região. Nos Estados ou Distrito Federal, cabe ao Tribunal de Justiça.

Nos diversos âmbitos jurisdicionais, o cidadão apto para exercer a função em nome do Poder Judiciário são os magistrados (art. 93, Constituição Federal). Os juízes têm formação para garantir que a jurisdição será exercida de modo justo e nos conformes da lei. Por isso, não se pode delegar a outrem o exercício jurisdicional. Contudo, não monopolizaremos a jurisdição somente na figura do juiz, como se faz no Direito Clássico. Essa concepção clássica vem sendo revisada e alguns conceitos superados. Embora o art 1º estabeleça que a jurisdição é operada pelos juízes, o termo correto é juízo. Por conseguinte, compreendemos juízo como um órgão composto pelo juiz, escrivão e demais auxiliares da justiça. Além destes, a jurisdição conta com um representante do Ministério Público, o Defensor Público, o perito e os advogados (DONIZETTE, 2013, p. 6). O pensamento clássico de jurisdição é um ranço histórico do Direito Romano. Naquele período da antiguidade, o Estado era teocrático, ou seja, o Estado era composto pela religião e vice-versa. Então, a figura do Juiz era a personificação da vontade divina. Todavia, atualmente vivemos sob o regime do Estado Democrático de Direito, em que o

juiz tem a hegemonia da sentença, porém, está limitado numa jurisdição que é fruto de um processo oriundo de um litígio (contraditório, debate democrático).

Compreendemos, então, o quanto a jurisdição engloba um composto de operadores do direito que são limitados em normas jurídicas. A jurisdição é constituída por agentes públicos com seus respectivos salários fixos (juiz, escrivão, promotor público, etc.) e agentes privados com seus honorários (advogados e peritos). Com exceção do advogado, todos os componentes da jurisdição são imparciais. Ademais, a qualquer momento, o juiz, advogado, escrivão e outros, podem ser substituídos, uma vez que não importa a pessoa, mas sim a sua função em exercício. Acerca disto, deslinda Donizette,

Observe que o juiz, o escrivão e o promotor de justiça, tal como o advogado, podem variar ao longo do processo. O que importa não é a pessoa, mas a autoridade. O juiz pode ser substituído (porque aposentou ou foi promovido), a parte pode trocar de advogado a qualquer tempo. O que não se concebe é processo sem juiz, escrivão, promotor ou advogado. (2013, p.6).

Ressalvamos que a presença do advogado, pelo menos o do autor da ação, é imprescindível. O advogado é dispensável no processo civil, pois, se houver a ausência, o réu é reputado revel e segue o processo. O mesmo não decorre no processo penal, onde se torna obrigatório o amparo de um advogado, e, em caso de ausência, é nomeado um defensor. A diferença entre o processo penal e civil alega-se na natureza do “direito objeto de tutela na esfera penal (a liberdade, garantia fundamental do cidadão)” (*Idem*, p.7).

Além da desconstrução do clássico pensamento unitário acerca da jurisdição ser centrada exclusivamente na figura do juiz, também podemos questionar a jurisdição como restrita ao Poder Judiciário. Neste ano de 2016, presenciamos o exemplo do Senado Federal – órgão presidido pelo Presidente do Superior Tribunal Federal – julgar a presidente da República por crime de responsabilidade (art. 86, CF), dando origem a um processo de *impeachment*. Nesse processo, os senadores absolvem ou condenam o presidente em uma única instância. Dessa forma, temos um exercício de jurisdição pelo poder legislativo. Para mais, ainda temos a Arbitragem (Lei nº 9.307/96), onde um terceiro é escolhido pelos litigantes para decidir o conflito de interesses. Esse árbitro não precisa ter cargo público, podendo ser qualquer pessoa capaz e que tenha confiança entre as partes. Acerca disto:

[...] a Arbitragem (Lei nº 9.307/96), na qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, decidirá o conflito de interesses, criando a norma individual que regulará o caso concreto. É possível o controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação aos requisitos de validade (arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/96) e mesmo assim dentro do prazo de 90 dias da intimação da sentença, findo os quais a decisão se torna definitiva. Vale destacar que, no âmbito trabalhista, a arbitragem é consagrada em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º). (*Idem*, p.8)

Todavia, a Lei de Arbitragem enseja muitas discussões nas doutrinas de Direito. Alguns, como Alvim, não consideram a Arbitragem uma forma de jurisdição, como argumenta:

[...] não incluo a arbitragem entre os equivalentes (jurisdicionais), porque para mim, ela configura o exercício de atividade jurisdicional exercida pelo particular, com autorização do Estado, sendo este o entendimento majoritário da doutrina. (2007, p. 56)

Destarte, pelo estudo da jurisdição, podemos constatar o quanto esta é comprometida com a Justiça. Em seus aspectos e exercício, ratifica-se a Justiça como seu objetivo e valor supremo. Está totalmente fundamentada na Constituição Federal, suas características impossibilitam qualquer parcialidade, os magistrados são capacitados e em todo o processo existe a promoção do Estado Democrático de Direito.

3. ORIGEM, CONTEÚDO E EXTENSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: MECANISMO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

Ao se abordar um princípio de caráter jurídico, cremos na necessidade de um estudo aprofundado de suas concepções históricas, evolução, conteúdo e debates doutrinários a fim de conseguir compreender de forma plena o conceito e realizar uma conclusão fundamentada acerca do proposto.

Mediante isto, neste capítulo iremos nos aprofundar no princípio da presunção de inocência por meio de um levantamento das origens, passando por sua evolução em tratados e convenções de âmbito mundial, expondo algumas tentativas de conceitualizações do princípio para que, após o exposto prisma do assunto, poderemos ter bases para debater sua aplicabilidade e os seus devidos empecilhos.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A abstração de presunção de inocência pode ser vislumbrada de maneira sutil desde a antiguidade clássica, por meio do princípio *in dubio pro reo*, principalmente devido à forte expansão do cristianismo ocorrida naquele período (BENTO, 2007, p.147).

Nos últimos séculos da Idade Antiga, mais precisamente em 1215, a Inglaterra adota a sua Magna Carta no sistema *commom law*². Os nobres ingleses estavam insatisfeitos com o absolutismo do rei e, por isso, o rei aceita os ditames da Magna Carta que incluía a proibição de aumentos de impostos por parte da realeza e que nenhum súdito poderia ser condenado à prisão sem antes passar por um processo judicial (*Idem*, p. 28).

Um século depois, a Europa viveu sob a regulamentação da Inquisição. É um período significativo no estudo da evolução da presunção de inocência, uma vez que não havia a aplicação do princípio. Acerca disto,

Ao contrário dos ditamos constitucionais existentes no Estado Democrático de Direito atual, existia a presunção de culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célebre. Tais demonstrações são exemplos de que esse julgamento era desproporcional, pois submetia o cidadão a condições desfavoráveis, violando a dignidade da

² Conjunto de leis válido em todo o território britânico.

peessoa humana, havendo uma completa inexistência da paridade de armas entre acusação e defesa, violação do devido processo legal, olvidando, assim, a presunção de inocência (BENTO, 2007, p. 31).

Durante a época iluminista, o poder estatal prevalecia em relação à liberdade individual do cidadão, ocasionando arbitrariedades. Nesse período, o Juiz era figura central, dissemelhando-se da Idade Antiga somente por não ser mais considerado um porta-voz divino (*Idem*, p. 32)

Assim como na Inquisição, no Iluminismo uma simples denúncia ou suspeita já bastava para iniciar um processo criminalístico contra o acusado. Dessa forma, existia um regime de presunção de culpabilidade. Além disto, corriqueiramente usava-se práticas de tortura como meios para se obter confissões e delações. Quanto à prisão preventiva, não havia um prazo limite para seu cumprimento e servia como uma antecipação da pena aplicada arbitrariamente pelo juiz (*Idem*, p. 32-33).

A presunção de inocência se desenvolve no contexto de revolução liberal no século XVIII. Neste período, os ideais de igualdade, fraternidade, e liberdade influíram nos princípios jurisdicionais. Durante esta época é emitida a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) em que se decreta a presunção de inocência por meio do artigo IX: “Todo homem é tido como inocente até o momento em que seja declarado culpado; se for julgado indispensável para a segurança de sua pessoa, deve ser severamente reprimido pela lei” (BATISTI, 2009, p.33).

Ademais, alguns intelectuais da época dissertaram acerca dos processos condenatórios devido às abusividades legislativas durante a revolução francesa em condenar cidadãos sem uma normatização. Grande influência sobre as questões processuais foram obtidas através das obras de São Tomás de Aquino, principalmente a *Suma Teológica* (*Idem*, p.17). Na referida obra, o autor discorre sobre a necessidade de efetuar um julgamento de acordo com a legislação e critica julgamentos fundamentados em simples suspeitas (*Idem*, p.18-19).

O surgimento da presunção de inocência substitui a presunção da culpabilidade (BARBAGALO, 2015, p.38), evitando assim que inocentes sofram as consequências de crimes que não cometeram. A presunção da culpabilidade fomentava meios de tortura para obtenção de confissão ou delação de crimes.

A grande obra pioneira acerca do princípio da presunção de inocência foi escrita por *Cesare Bonesana* – comumente conhecido como Marquês de Beccaria – denominada “Dos Delitos e das Penas” em que são criticados os processos inquisitórios da época, em

que muitas vezes se utilizava da tortura para conseguir delações ou confissões. Como descreve Beccaria:

A tortura de um criminoso durante seu julgamento é uma crueldade consagrada pelo uso, na maior parte das nações. É usada com a intenção de fazê-lo confessar o crime, ou para explicar alguma contradição na qual ele caiu enquanto depunha, ou ainda para descobrir seus cúmplices, ou por algum tipo de purgação metafísica e incompreensível da infâmia, ou, finalmente, para descobrir outros crimes dos quais ele não é acusado, mas dos quais ele pode ser culpado (2012, p.47).

Sobre a obra, Bento sintetiza:

Cesare Bonesana salienta que somente a lei deveria determinar os indícios de um crime, em que fosse necessária a custódia do infrator, e não a preponderância do poder estatal através da força, podendo admitir a necessidade de positividade expressa dessas normas, o que no exemplo brasileiro, realmente não aconteceu: registrava a necessidade da presunção de inocência do homem (2007, p. 34)

Desse modo, esse princípio jurídico que precede o da presunção de inocência acusava um cidadão de um crime e este deveria provar sua não culpabilidade, dando margem a injustiças, pois inocentes estariam sujeitos a sofrerem consequências de atos que não realizaram. Ademais, no caso de torturas, inocentes poderiam confessar crimes que não cometeram somente para cessar com a violência sofrida. Portanto,

A presunção de inocência nasceu para assegurar ao acusado todas as garantias de plena defesa técnica, oposto da presunção da culpabilidade, para se evitar, como na inquisição, o uso de tortura para obter confissão, atingindo condenação mediante violação de preceitos e fundamentos constitucionais (BENTO, 2007, p.35)

O advento da presunção da inocência é um marco jurisdicional, uma vez que o acusado não necessita comprovar a sua inocência, pois não é mais presumido culpado.

3.2 EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TRATADOS, DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES EM NÍVEL INTERNACIONAL

O princípio abordado tem sua origem no fim do conceito de presunção de culpabilidade, permitindo a realização de um contraditório e a ampla defesa do acusado. Então, a partir do século XIX, começam a surgir pensadores que fomentam a reforma do sistema processual e os tratados que ratificam o princípio de presunção de inocência. A seguir,

listaremos os mais significativos tratados para a concretização do conceito de presunção de inocência.

3.2.1 Declaração de Virgínia

Essa declaração, ratificada no ano de 1976, pode ser considerada como a primeira Declaração de Direitos Fundamentais em sentido moderno (BENTO, 2007, p.36). Foi escrita em Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América e era inspirada em filósofos como Locke, Rosseau, Montesquieu (SILVA, 2000, p. 153).

A garantia do direito de defesa era prestigiada nessa declaração como pré-requisito de um processo justo e legal. Outra pauta defendida era que um julgamento só poderia ser efetuado por um juiz imparcial. Por fim, a declaração inibia a expedição de um mandato de busca e apreensão sem uma prova exata do crime (BENTO, 2007, p. 37).

3.2.1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Com objetivo de cessar os abusos reais na França, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Constituinte, na época da Revolução Francesa. Dessa forma, temos um marco jurídico do princípio de presunção de inocência.

Segundo BENTO (2007, p. 38), essa declaração inspirada nas ideias liberais do Iluminismo, parte do pressuposto de presunção a partir de um ditame de neutralidade. Isto é, o cidadão não é presumido inocente, mas sim *neutro* até que, dentro de um devido processo legal, apresentem-se provas e fatos que positivem a culpa.

O princípio de presunção de inocência é decretado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) pelo artigo 9º: “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei” (BARBAGALO, 2015, p.39).

Por conseguinte, é encerrada a presunção de culpabilidade a partir deste decreto, surgindo a presunção de inocência. Além disto, também se finda os abusos de poder que legitimavam até mesmo torturas como prática legal afim de obter confissões. Explicita Antônio Castanheira Neves:

[...] que proclamava no artigo 9º o princípio de ‘presunção de inocência’ até prova em contrário – princípio este que visa abolir a atitude contrária, sobretudo na medida em que ela, se concorria ao uso da tortura, também conduzia a cercear a possibilidade de defesa do arguido, pois na base de uma prévia convicção de culpabilidade fácil era ver em quaisquer atividades de defesa apenas manobras impeditivas de ação repressiva (*apud* TOURINHO, 2001, p. 133).

3.2.3 Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), na qual deixou o mundo devastado e com um traço histórico de exorbitantes massacres, é criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Portanto, os países começaram a se mobilizar para positivar normas reguladoras que visassem à dignidade da pessoa humana. O Brasil foi influenciado por essas ideias na Constituição de 1988 (art 1º) e é a base para o Estado Democrático de Direito Brasileiro (BENTO, 2007, P. 40).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem tem influências da Revolução Francesa e defende as exigências básicas de respeito à dignidade humana em nível mundial (*Idem*, p. 41). Dessa forma, o princípio de presunção de inocência é consagrado no artigo 11 dessa Declaração de 1948, decretada da seguinte maneira: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

À vista disto, a partir dessa Declaração, muitos países ratificaram em suas constituições o princípio de presunção de inocência e fomentou o debate acerca da incursão de um processo visando cada vez mais a Justiça (CANOTILHO, 2002, p. 507).

3.2.4 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966.

Esse Pacto foi coordenado pela Organização das Nações Unidas em uma Assembleia Geral na cidade de Nova Iorque. Em seu artigo 14.2 é retratado o princípio de presunção de inocência: “ Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Ademais, nesse Pacto, é decretado a diminuição da morosidade processual, o direito de um julgamento no idioma dos presentes (no caso de alguém ser estrangeiro) e o pleno direito de defesa (BENTO, 2007, p.44).

3.2.5 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.

Também muito conhecida como Pacto de São José da Costa Rica é fundamental no processo de estruturação do princípio de presunção de inocência, uma vez que o Brasil influenciou-se significativamente do texto aprovado nesse Pacto. Resultou na ratificação pelo governo Brasileiro em 1992 (CUNHA; BALUTA, 1997, p.138).

Em seu artigo 8º é decretado:

I -, toda pessoa tem o direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, com as devidas garantias, competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal.

II -, toda pessoa acusada de delito tem direito que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Então, nesse Pacto, os americanos se comprometem ao exercício dos fundamentos democráticos de um Estado de Direito através de justos processos, plena defesa, amplo contraditório e a presunção de inocência. Como o Brasil estava sob um regime ditatorial, só ratificamos esse ordenamento em 1992 (CASTILHO, 2010, p. 184).

3.2.6 Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1990.

Esta convenção objetivava a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, incluindo o âmbito penal.

Dessa forma, é decretado que toda pessoa tem o direito à liberdade e segurança. Contudo, somente um cidadão terá sua liberdade privada se for condenado culpado de infração penal por meio de um processo legal. Além disto, outras normalizações são declaradas, tais como:

o acusado terá direito a um processo equitativo, devendo sua causa ser examinada, publicamente, num prazo razoável por um tribunal competente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos

seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal oferecida contra ele. Mesmo devendo o julgamento ser público, o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo assim o exigirem, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal quando, em circunstâncias especiais, a publicidade possa ser prejudicial para os interesses da Justiça (BENTO, 2007, p. 50-51).

No que se refere ao princípio de presunção de inocência, esta Convenção de 1990 deixa previsto que qualquer indivíduo acusado de uma infração é presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada (BENTO, 2007, p. 51).

3.2.7 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000.

Após a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, as comunidades envolvidas decidiram elaborar um documento oficial em forma de carta para que houvesse visibilidade no âmbito mundial. O objetivo deste documento é o reforço da proteção dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana.

É inserido nessa Carta, em seu artigo 4º, a proibição da tortura ou penas desumanas ou degradantes, ou seja, qualquer procedimento que envolva tortura afim de obtenção de provas é vedado (BENTO, 2007, P.52).

Quanto à presunção de inocência, essa Carta, no artigo 48º, mantém a proposta da Convenção em que decreta que todo indivíduo é considerado insonte até que se prove sua culpabilidade (art. 48).

3.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONSTITUIÇÕES MUNDIAIS

Como já exposto, a princípio da presunção de inocência surge para evitar as tiranias, abuso do poder e arbitrariedades por parte real na Europa. Nesse prisma, houve uma evolução no processo histórico do princípio e influenciou na Constituição Brasileira.

A partir do comparativo, seremos capazes de observar como o princípio da não culpabilidade é interpretado e aplicado em algumas Cartas Constitucionais, cogitando que o fundamento do princípio é sempre consoante com a dignidade da pessoa humana.

3.3.1 Constituição Italiana

O Princípio da presunção de inocência na Itália obteve seu caráter Constitucional no ano de 1948, influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem elaborada no mesmo ano. Dessa forma, o artigo 27, §2º, da Carta Política Italiana, declara que ninguém é considerado culpado senão após sentença definitiva (BENTO, 2007, p. 55). Esse texto nos remete ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal Brasileira, pois, de fato o Brasil se influenciou das Escolas Italianas para a elaboração do seu ordenamento jurídico.

O artigo 13 da mesma Carta Política Italiana garante que a liberdade pessoal é inviolável, exceto em medidas cautelares. A lei italiana é bem rígida no que se refere a liberdade individual, como segue:

Não se admite forma alguma de detenção, de inspeção ou de busca pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, taxativamente indicados na lei, a autoridade de segurança poderá adotar providências, que devem ser comunicadas dentro de 48 horas à autoridade judicial e, se esta não as validar nas quarenta e oito horas seguintes, considerar-se-ão revogadas e destituídas de efeito (FERNANDES, 1992, p.157)

Todavia, assim como o caso brasileiro, o decreto sobre o princípio da presunção de inocência gera ambiguidades e uma gama de pluralidades interpretativas.

O Código Penal Italiano, elaborado em 1988, parte de uma dualidade: primeiro impor uma penalidade aos culpados de crime e, segundo, evitar que inocentes sejam castigados por crimes que não cometeram. Outro exemplo é o quando existir dúvida no processo, o acusado é imediatamente absolvido, o que não acontece na jurisprudência anglo-saxônica por exemplo. Desse modo, o cárcere é a última opção – exceto em casos de medida cautelar, e o princípio da presunção de inocência é levado em seu sentido literal (TONINI, 2002, p. 88).

3.3.2 Constituição Portuguesa

A Constituição Portuguesa, promulgada em 1976, no número 2, art. 32 diz acerca do princípio da presunção de inocência:

Artigo 32. nº 2: Todo o argüido se presume inocente até o transito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Então, vemos um novo tópico nesse decreto com relação aos outros, aonde o princípio de não culpabilidade está proporcionalmente intrínseco ao um julgamento processual dentro de um prazo compatível com o exercício pleno da sua defesa.

Segundo BENTO (2007, p. 60), “um julgamento lento gera um sentimento de culpa no averiguado, até como decorrência do sentimento da própria sociedade, ao conferir maior notoriedade ao nascimento do fato do que a sua eventual absolvição”.

Por fim, o princípio de não culpabilidade não é considerado em sentido literal na Constituição Portuguesa. No entendimento daquela nação, tratar o princípio de forma absoluta impossibilitaria qualquer tipo de medida privativa de liberdade, até mesmo as cautelares.

3.2.3 Constituição Francesa

Como anteriormente estudado, um dos berços do princípio de não culpabilidade advém da França. Em sua Carta Francesa de 1958, o princípio da presunção de inocência é determinado da seguinte forma:

Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para garantir sua integridade, deve ser severamente reprimido pela lei (BENTO, 2007, p. 61)

Na legislação processual penal francesa, as medidas dispensadas ao acusado devem ser limitadas e estritamente necessárias do processo, fundamentado na proporcionalidade da gravidade da infração penal e sem violar os princípios da dignidade da pessoa humana.

Um acusado presumido inocente é posto livre, todavia, como medida de segurança poderá obedecer a obrigações de controle judicial, dentre eles o uso de braceletes eletrônicos (*Idem*, p. 108). Dessa forma, o acusado – ainda não sentenciado e presumido inocente – fica sob vigilância do Estado para permitir a eficácia do processo, pois é impedido de fugir ou destruir provas, como é corriqueiro em Constituições que interpretam a presunção de não culpabilidade no sentido literal.

3.2.4 Constituição Espanhola

A Espanha estabelece em sua Constituição de 1978 o instituto da presunção de inocência, principalmente no que se refere ao direito à ampla defesa, contraditório e assistência.

O cidadão acusado tem o direito de ser informado sobre o porquê da acusação, através de um processo público e ser presumido inocente. Na lei não há especificações quanto a presunção de não culpabilidade, contudo, pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* – equivalente a Legislação processual penal – o acusado pode ter uma detenção preventiva como óbice à possíveis fugas. Dessa forma, quando há risco de o acusado evadir-se e, conseqüentemente, comprometendo a eficácia do processo, é possível que este permaneça preso. Claro que há normalizações para essas prisões. Em primeiro lugar, somente ocorre essa detenção quando é uma infração grave e, em segundo, o acusado não poderá ficar mais que setenta e duas horas preso, pois esse tempo é o necessário para averiguação de fatos e provas e, se passar desse tempo o acusado é posto em liberdade (BENTO, 2007, p.109-110).

Alguns doutrinadores criticam a Constituição Espanhola acusando-a de ter o princípio de presunção de inocência fragilizado. Propõem que o país substituísse as prisões por pulseiras eletrônicas, evitando assim detenções de inocentes.

3.2.5 Constituição Mexicana

Na Constituição Mexicana, contemplamos o princípio da presunção de inocência no artigo 13 e 14 que coíbe qualquer pessoa de ser julgada por leis privadas ou tribunais especiais. Além disto, censura qualquer privação de liberdade e bens que não venha mediante um processo legal.

Logo, depreendemos que o princípio da não culpabilidade está consoante com os direitos fundamentais do cidadão e contém excessos estatais no exercício da pretensão punitiva (*Idem*, p.70).

Outro aspecto que nos interessa da Constituição Mexicana é seu artigo 23, onde temos a proibição de juízo criminal em mais de três instâncias. Também é vedado o julgamento do mesmo delito a um acusado pela segunda vez (*Idem*, p.73).

3.2.6 Constituição Argentina

A Constituição da Nação Argentina também consagra o princípio da presunção de inocência em seus artigos 18 e 19, em que é explicitado que todo o cidadão só pode ser apenado por meio de um processo legal. O direito de permanecer calado também é válido e, por conseguinte, legitimando a desobrigação do cidadão declarar-se contra si mesmo. A prisão preventiva como medida cautelar não afronta o princípio da não culpabilidade para a legislação argentina, contudo, não é permitida como uma antecipação da pena (BENTO, 2007, p. 119). Todavia, isso não é um óbice a execução penal antes do trânsito em julgado, pois em seu artigo 494 do Código de Processo Penal é decretado que a pena privativa de liberdade deve ser executada imediatamente.

3.2.7 Constituição Alemã

A Constituição da República Federal da Alemanha – ou República de Weimar – foi elaborada em 1919 e atualizada em 1949. Está plenamente fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao princípio da presunção de inocência, o país aderiu em sua Carta Constitucional. Desse modo, a garantia de ampla defesa, contraditório e um processo legal fazem parte como um direito do cidadão.

Todavia, no ordenamento processual penal alemão, em alguns casos é previsto a apreensão provisória do indivíduo. Em caso de perigo de fuga ou destruição de provas por parte do acusado, este poderá ficar até seis meses detido. Somente passará desses seis meses se o processo não estiver conseguindo prosseguir por dificuldade no acesso às provas (BENTO, 2007, p.137)

3.2.8 Constituição Norte-Americana

Assim como os demais países influenciados pelo Direito Romano da Antiguidade Clássica, tem em sua Constituição o princípio da presunção de inocência pautada no princípio *in dubio pro reo*.

Dessa forma, o cidadão tem o direito de permanecer calado, pois este não precisa testemunhar contra si mesmo. Também, o artigo IV da Constituição estadunidense prevê

que qualquer cidadão só pode ser julgado por meio de um devido processo legal (*Idem*,p.83).

O artigo 16 do Código de Processo Penal norte-americano que rege todos os Estados, determina que se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredito efetivo. Mas, as decisões proferidas pelos juízes são imediatamente executadas, ainda que seja usado recursos - em discordância com o sistema brasileiro – e isso não afronta o princípio de não culpabilidade.

3.4 COMPARATIVO DA APLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

Em meados de 1985 foi constituída uma comissão provisória de estudos constitucionais com o objetivo de elaborar uma nova constituição para o Brasil (BARBAGALO, 2015, p.48), visto que se findava um período ditatorial e o país reestabelecia sua ínfima experiência democrática.

Desde os primeiros lampejos da nova constituição, já estava inserido o princípio de presunção de inocência. Houve algumas alterações acerca do princípio, mas de forma superficial, uma vez que se apegaram somente aos termos e não ao conceito. Acerca disso, lemos:

Num texto compósito, elaborado como foi este, forçosamente ocorre a superposição de normas que dispõe divergentemente sobre aspectos de um mesmo assunto. Ou a contradição entre princípios, que, por serem genéricos parecem aceitáveis para grande maioria, conquanto se choquem com normas específicas. Além disso, as composições reclamam, para que as aparências, tão importantes para cada grupo, sejam guardadas, uma redação imprecisa. Sim, para que cada lado veja no texto o que lhe convém. E na Constituinte de 1987/1988 não raro essas composições se fizeram pela agregação de propostas entre si opostas, de modo que a primeira parte de um artigo se volta para uma direção, enquanto a segunda para outra, às vezes num ângulo de cento e oitenta graus. Também para essa deficiência técnica muito contribuiu o relativo desprestígio do '**jurista**' no âmbito da Constituinte. A maioria dos integrantes da Assembleia considerava secundários os aspectos formais, portanto os jurídicos, esquecida que a **Constituição é lei**, portanto documento jurídico, que tem que ser aplicado por homens do direito. Aliás, o mesmo se deu quanto à linguagem, tendo sido inglório o resultado do trabalho de revisão linguística que, ao final dos trabalhos apressadamente se realizou. (FERREIRA FILHO *apud* BORBAGALLO, 2015, p. 54. *grifo nosso*).

É perceptível a ausência de fundamentos jurídicos por parte dos organizadores da constituição de 1988, dificultando a total compreensão do sentido conceitual do texto relacionado ao princípio da presunção de inocência, tomando assim rumos conforme interpretação dos agentes reguladores do direito.

Encontramos disparidades acerca da interpretação do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal entre diversos doutrinadores. Dentre essas variadas interpretações, a de Zanoide é fundamentada no princípio como um estado de inocência, uma vez que o cidadão desde nascituro encontra-se disposto como insonte. Acerca disto, explica Zanoide:

Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele 'continua' inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um 'estado de inocência' que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes (*apud* BARBAGALLO, 2015, p. 66).

Conseqüentemente,

O enunciado do art. 5º, LVII, da Constituição, levado ao pé da letra, impede qualquer tipo de condenação, pois se ninguém pode ser considerado culpado "até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" e, sabemos todos que o juiz deve estar convicto ao pronunciar o decreto condenatório, logo, como condenar em primeira instância quem é considerado inocente até o trânsito em julgado? (BARBAGALLO, 2015, p. 67)

Em contraponto, temos a opinião de Mirabete acerca do princípio,

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...]. Assim, melhor é dizer-se que se trata de princípio de não culpabilidade. (2005, p.45).

Também aduz Rangel:

Não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumido inocente (2009, p.24)

Ou seja, a não compreensão do texto devido sua isenção de termos explicativos, possibilita que este seja mal interpretado ou nos deixe com dúvidas acerca de sua aplicabilidade. Também, esse princípio está sendo usurpado por culpados para manobras de morosidade processual.

Destarte, é importante compreendermos a natureza histórica do princípio de presunção de inocência para que possamos prosseguir na análise profunda do princípio e seu respectivo óbice a justiça efetiva.

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ALTERAÇÃO EM 2009: MODIFICAÇÃO DESARRAZOADA E DESPROPORCIONAL DAS REGRAS RECURSAIS.

Já nos é cognoscível que desde a decretação do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, os doutrinadores ficam em dúvida na sua aplicabilidade e grandes debates dividem opiniões dos operadores do Direito.

Dessa forma, várias decisões, súmulas, acórdãos, entre outros, foram realizados a fim de normalizar a presunção de não culpabilidade. Ainda iremos explicar melhor, mas por ora, vale a ressalva de que princípio não é regra e por isso pode ser condicionado.

A Súmula de número 9 no Supremo Tribunal Federal é bem explícita em decretar: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende o princípio da presunção de inocência”³. Ou seja, é perfeitamente compatível a prisão provisória com o princípio da presunção de inocência.

Tanto é verdade que a própria Carta Magna no seu artigo 5º inciso 61 previu a prisão em flagrante. Logo, a prisão em flagrante como se sabe é bem anterior ao trânsito em julgado da condenação, é o início da persecução penal através da *notitia criminis* de cognição coercitiva (ou seja, a prisão em flagrante) (CAPEZ, 2012, p. 72). Também temos a prisão quando o crime é inafiançável.

Então, é possível uma prisão antes do trânsito em julgado. Porém, esta prisão provisória só se justifica diante do princípio da não culpabilidade se ela tiver natureza cautelar ou instrumental/processual⁴. Se essa prisão tem a função de acautelar os fins do processo, ela tem que cumprir obrigatoriamente o pressuposto do *periculum in mora*, ou seja, ela só pode ser imposta quando ficar demonstrado o perigo da demora (*Idem*, p. 329). Ou seja, sempre que ficar demonstrado que a não imposição de uma prisão tornará inviável o processo, ela passa a ser cautelar. As hipóteses claras de *periculum in mora* estão demonstradas no artigo 312 do Código de Processo Penal⁵.

³ Cf. http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf

⁴ Prisão processual ou instrumental é aquela que se impõe como uma necessidade do processo, é imposta como garantia da efetividade do processo. Melhor dizendo, se não houver a prisão, o processo perde sua eficácia e frustram os fins seus fins.

⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) .Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das

Os juristas passaram a discutir a súmula número 9 do STJ e passaram a concordar que a prisão provisória não ofende o princípio da presunção de inocência. Pode-se prender alguém antes do trânsito em julgado desde que se apresente o *periculum in mora* (CASTRO, 2016). Exceto isso, qualquer antecipação de pena é um ferimento ao princípio da presunção de inocência.

Essa discussão foi ao STF, no qual, por meio de acórdãos, discutiram se somente poderia executar a pena quando houvesse o *periculum in mora* ou se após a dupla jurisdição já pudesse ser executada a pena sem ferir o artigo 5º inciso LVII da Carta Magna.

Em todos os acórdãos a conclusão da jurisprudência era a mesma: a prisão provisória, ou seja, a prisão antes da condenação transitada em julgado não ofende o princípio da presunção de inocência, mesmo que essa prisão não tenha natureza cautelar, ou, ainda que esta prisão não esteja respaldada no *periculum in mora*. Ou seja, o STF deixa exposto em todas essas decisões que além da prisão instrumental, pode haver outros tipos de prisão antes de transitado o julgado e não fere o princípio da presunção de inocência. Então, pode-se haver casos em que há execução da pena antes do trânsito em julgado.

Fundamentar-se no poder geral da cautela reduz a possibilidade de dúvidas, uma vez que não se presta jurisdição sem o poder da cautela, um é decorrência do outro. Agora, executar uma pena antes do trânsito em julgado sem fundamentação cautelar pode ser uma violação da presunção de inocência. A partir desse pensamento, chega-se ao HC 84.078-7/MG de 2009 que altera a jurisprudência de todos os outros acórdãos anteriores.

4.1 MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O *HABEAS CORPUS* 84.078-7/MG DE 05 DE FEVEREIRO DE 2009.

Fundamentados no sentido literal do artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal Brasileira, onde ordena-se que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por 7 votos a 4, em sessão realizada no dia 05 de fevereiro de 2009, pela impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade⁶.

obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> Acesso em 16/jul/2016

Esse documento⁷, provém de Osmar Coelho Vítor que requeria o direito de recorrer em liberdade. O acusado foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) por tentativa de homicídio duplamente qualificado, ocasionando à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão (artigo 121, §2º, I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código penal). Contudo, o réu interpôs o Recurso Especial, mas por somente ter efeito devolutivo, Osmar Coelho Vitor não poderia recorrer em liberdade. A partir disso foi apresentado o HC ao STF, cuja decisão a ser proferida pela 2ª Turma foi submetida ao Plenário (DELGADO, 2009). Por conseguinte, muitos debates ocorreram, dividindo os ministros em dois: os que acreditavam no ferimento ao princípio da presunção de inocência quando o indivíduo começava a executar a pena interposto os recursos – mesmo somente dispondo do seu caráter devolutivo – e os que não concordavam com essa decisão. No primeiro grupo tínhamos os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram (PESSOA; CARDOSO, 2009).

Não pretendemos fazer uma exegese do HC, porém, para compreendermos a mudança da jurisprudência, abordaremos alguns trechos do referido documento.

O HC 84.078-7/MG foi realizado no dia 5 de fevereiro de 2009 pelo relator Ministro Eros Grau. O título do documento é direto sobre o que se trata: Ementa: *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”⁸. E segue com a fundamentação nos art.5º, LVII (princípio da não culpabilidade) e art. 1º, III (dignidade da pessoa humana) da Constituição Federal.

Em seu primeiro parágrafo, um dos principais argumentos a favor da continuidade da jurisprudência – o recurso não ter caráter suspensivo – é colocado. Lemos, então, o principal debate entre o recurso e a presunção de inocência:

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

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> (Acesso em 15/jul/2016)

⁸ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg> Acesso em 16/jul/2016.

seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (STF, 2009, p. 1)

Somente é aceito como forma de execução da pena antes do trânsito em julgado, quando se é apresentado o *periculum in mora*, ou seja, se for uma prisão de natureza cautelar.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se à 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 (STF, 2009, p.1)

Portanto, mesmo o recurso especial e extraordinário não possuindo caráter suspensivo, a execução da sentença antes do julgamento do recurso é considerada uma afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Não obstante, ainda colocam uma citação de Evandro Lins bem persuasiva:

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” (STF, 2009, p.1)

Outro argumento usado nesse HC, se refere a uma “jurisprudência defensiva”:

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 (STF, 2009, p.1-2)

Ainda, para fins de fundamentação, é citado um caso em que se presume a culpa de funcionários públicos. Analisemos o caso:

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 [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação 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 (STF, 2009, p. 2) *(grifo nosso)*

Como visto, esse caso diz acerca de uma punição antecipada (diminuição de remuneração) a possíveis funcionários que são processados por crimes funcionais, porém, esses servidores ainda não foram condenados, somente respondem pelo processo. Dessa forma, não se é possível associá-lo ao referido caso do Osmar, uma vez que esses funcionários não foram sentenciados e estão esperando em liberdade um recurso que não tem caráter suspensivo, mas sim, estão ainda respondendo o processo. Por isso, neste caso, o princípio de presunção de inocência é sim gravemente ferido. O último argumento a ser analisado, volta-se novamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

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 (STF,2009, p.2).

E, assim se encerra o acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro

Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o habeas corpus, nos termos do voto do Relator (STF, 2009, p.3)

Os ministros opositores a esse voto utilizaram de vários argumentos para manter a jurisprudência. A Ministra Ellen deixou evidente sua posição contrária dizendo que esse *Habeas Corpus* desprotege a sociedade. Outro argumento se refere ao recurso especial extraordinário não terem caráter suspensivo utilizado pelos ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito, fundamentados no Artigo 27, §2º da lei 8.038/90 *in verbis*: § 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo (PESSOA; CARDOSO, 2009). Ainda acerca dos recursos, a Súmula 267 do STJ deixa explícito: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Por fim, o artigo 637 do CPP, também demonstra o caráter dos recursos: “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”.

Não obstante, os Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie lembraram que na Convenção Americana de Direitos Humanos (conhecido também como Pacto São José da Costa Rica) não se assegura o direito de recorrer em liberdade até a 4ª instância e ainda citaram que países como Estados Unidos, Canadá e França admitem a execução da pena após dupla jurisdição. E o Ministro Joaquim Barbosa, de modo profícuo afirmou que “nenhuma país é tão generoso em oportunidades para criminosos” (*Idem*, 2009).

Também, é senso comum que não é viável o STF julgar em tempo ágil todos os Recursos Extraordinários e, muitos criminosos se aproveitam dessa morosidade para ficar em liberdade. Essa falta de eficácia no processo faz com que a sociedade se sinta desprotegida pelo judiciário. Esse *Habeas Corpus* é utilizado por inúmeros condenados que abusam dos recursos a fim de protelar a execução da pena.

Segundo Flávia Moreira Guimarães e Aline Almeida Cardoso (2009),

Esse novo entendimento provocará uma maior impunidade devido à morosidade da justiça e às “brechas processuais” que permitem a utilização de uma grande variedade de recursos. De acordo com Joaquim Barbosa, está-se “criando um sistema penal do tipo faz-de-conta. Se tivermos que esperar os deslocamentos de todos os recursos, o processo jamais chegará ao fim”. Já Ellen Gracie sustentou que “aguardar que a prisão só ocorra após o trânsito em julgado é inconcebível. A vencer essa tese, nenhuma prisão seria feita no Brasil”.

Destarte, a partir do dia 05 de fevereiro de 2009, a jurisprudência brasileira foi alterada e, mesmo com o caráter devolutivo dos recursos especiais e extraordinários, os acusados só podem executar a sentença após todo o trânsito em julgado, caso contrário, seria uma afronta ao princípio da presunção de inocência.

5 USO ABUSIVO E DETURPADO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO ÓBICE A JUSTIÇA EFETIVA.

Mediante nossa análise documental no capítulo anterior, constatamos que a alteração da jurisprudência no ano de 2009 por meio do HC 84.078-7/MG, objetivou fundamentalmente e exclusivamente o princípio da presunção da inocência. Esse princípio foi considerado em seu sentido literal e não houveram ponderações acerca da efetividade do processo, por exemplo. Deste modo, muitos acusados abusaram do princípio da não culpabilidade e gerou-se muitas impunidades – como alertaram os ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carmen Lucia Antunes Rocha.

Como já muito ressaltado nesse trabalho, os Recursos Especiais e Extraordinários não têm efeito suspensivo, somente devolutivo. Por conseguinte, os condenados utilizavam esses recursos incessantemente para protelar a execução da pena e, em inúmeros casos, até prescrever o crime. Ademais, o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça já sofrem com o demasiado número de processo (BENTO, 2007, p.15).

Então, atualmente, as pessoas recorrem à Justiça em primeiro caso, algumas vezes até sem tanta necessidade. Como se não bastasse, o STF e o STJ ainda precisam dar conta de Recursos Especiais e Extraordinários que provêm de acusados que simplesmente querem delongar sua execução. Ademais, as pessoas prejudicadas pelos crimes desses acusados, veem um sentenciado aguardando em liberdade durante vários anos. Definitivamente, essa jurisprudência possibilitou óbices à justiça.

Para fundamentar nossa posição, analisaremos o caso do Senador Luiz Estevão, um absurdo no que se refere ao abuso do princípio da presunção de inocência.

5.1 CASO SENADOR LUIZ ESTEVÃO: A PERSONIFICAÇÃO DO USO DE RECURSOS PARA FINS PROTELATÓRIOS.

O ex-senador Luiz Estevão ingressou na política por influência de seu grande melhor amigo Fernando Collor. Durante o governo de seu grande amigo, Luiz Estevão foi autorizado pelo Banco Central a criação do Banco OK. O nome do banco é referência a revendedora de pneus OK dos tios que adotaram o ex-senador. A revenda de pneus,

embrião do Grupo OK, é hoje apenas um dos negócios do empresário. Ele tem 14 empresas espalhadas em 11 Estados, com faturamento estimado em R\$ 300 milhões⁹.

Vamos ao caso. Em 1992, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo abriu uma licitação para a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo e o grupo do ex-senador não foi contemplado, mas sim a Incal Alumínio por uma diferença de três pontos. A Incal Alumínio repassou os direitos sobre a obra ao empresário Fábio Monteiro de Barros Filho, que criou as empresas Incal Incorporações e Ikal Construções especificamente para construir o fórum, nunca concluído. Contudo, a CPI do Judiciário descobriu 68 telefonemas de Santos Neto e 2.651 de Monteiro de Barros para Luiz Estevão e suas empresas. Além disto, de 1992 a 1999, Monteiro de Barros repassou ao ex-senador uma quantia de 39 milhões de reais. Para a CPI do Judiciário, esse dinheiro (R\$ 74 milhões em valores atuais) constituía uma parte dos R\$ 169,5 milhões desviados pela Incal Incorporações da construção. O ex-senador tinha várias procurações que autorizavam movimentar contas das empresas de Monteiro de Barros. Dessa forma, não há dúvidas de que Monteiro de Barros era apenas um *testa de ferro* de Luiz Estevão. Por conseguinte, foi aberto inquérito contra o ex-senador por falsidade ideológica e sonegação fiscal que resultou na sua condenação em 2000. Seus bens foram bloqueados para o ressarcimento de 169 milhões de reais¹⁰.

Concluindo: o escândalo do desvio de verbas do TRT foi em 1992. Os réus foram absolvidos em primeira instância em 2002, e condenados em 2006 pelo Tribunal Regional Federal da 3^o Região. A pena foi de 31 anos de prisão cada um por peculato, estelionato, corrupção ativa, falsidade ideológica e formação de quadrilha¹¹. Porém, o ex-senador só começou a cumprir a pena em março de 2016 – um mês após a alteração da jurisprudência que analisaremos no próximo capítulo. A determinação da execução imediata da pena de Estevão veio pelo Juiz Alessandro Diaferia, da 1^a Vara Federal Criminal de São Paulo a pedido do Ministério Público Federal. Desde 2006, o ex-senador já entrou com mais de três dezenas de recursos, nos quais, nenhum obteve sucesso. Além desse absurdo de recursos protelatório, dois dos crimes cometidos por Estevão já prescreveram e até 2018 mais dois prescreveriam, como ressalta Diaferia¹². O Juiz ainda complementa:

⁹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/trt-estevao-perfil.shtml>

¹⁰ Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/trt-estevao-entenda_o_caso.shtml

¹¹ Disponível em: <http://jota.uol.com.br/justica-federal-em-sp-determina-imediata-prisao-do-ex-senador-luiz-estevao>

¹² *Ibidem*.

“Não há mais cabimento em discutir presunção de inocência dos acusados deste processo e nada mais há a justificar a protelação do início do cumprimento da condenação proferida: todas as garantias individuais e processuais dos réus foram respeitadas, concorrendo para a finalidade precípua de assegurar legitimidade e rigidez à persecução penal”¹³

Ou seja, se a jurisprudência continuasse a encanar o princípio de presunção de inocência em sentido literal, o ex-senador continuaria abusando dos recursos visando a prescrição de seus crimes. A impunidade é anunciada e os juízes se sentiam impotentes diante de uma jurisprudência que favorece a deturpação do sentido dos Recursos Especiais e Extraordinários.

5.2 AS FALHAS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DE 2009 E A IMPRESCINDÍVEL URGÊNCIA DE UMA NOVA ALTERAÇÃO.

É perceptível o caos que a nova jurisprudência de 2009 resultou na efetivação da Justiça. Todavia, para que não sobre dúvidas, ressaltaremos as principais adversidades surgidas do dito *Habeas Corpus*.

5.2.1 Recurso Especial e Extraordinário

O primeiro fundamento para nossa crítica advém de algo muito ressaltado no presente trabalho: o caráter apenas devolutivo dos Recursos Especiais e Extraordinários.

Conceitualmente, o Recurso Extraordinário é destinado “a devolver, ao Supremo Tribunal Federal, a competência para conhecer e julgar questão federal de natureza constitucional, suscitada e decidida em qualquer tribunal do país” (CAPEZ, 2012, p. 851). O Objetivo fundamental do Recurso é garantia da aplicação uniforme do Direito Constitucional em todo o território nacional. Quanto ao seu caráter, a Súmula 270 do Supremo Tribunal Federal assevera: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

O Recurso Especial assemelha-se com o Recurso Extraordinário, exceto por algumas peculiaridades. Conceitualmente, o Recurso Especial é o “recurso destinado a devolver ao Superior Tribunal de Justiça a competência para conhecer e julgar questão federal de natureza infraconstitucional, suscitada e decidida perante os Tribunais Regionais Federais

¹³ *Ibidem*.

ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal” (*Idem*, p. 870-871). Até a Constituição Federal de 1988, o Recurso Especial objetivava a asseguarção à legislação federal infraconstitucional e a sua aplicação uniforme na federação. Contudo, devido à grande demanda e a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, é criado o Supremo Tribunal de Justiça incumbido de julgar o Recurso Especial e também exercer outros ofícios (*Idem*, p. 872).

Portanto, dado o brevíssimo conceito dos Recursos, podemos analisar sua relação com o princípio da presunção de inocência e a alteração jurisprudencial do STF em 2009. Consoante a lei 8038 de 1990, na qual institui o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, lemos:

Art. 27, § 2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Logo, como esses recursos não tem efeito suspensivo, a decisão a partir do segundo grau já começa a ter efetividade, já pode ser executada. Não existe justificativa para que esse recurso impeça a execução da pena ou interfira no princípio de presunção de inocência.

O Supremo também entende que os Recursos Especial e Extraordinário não constituem um desdobramento do duplo grau de jurisdição. O duplo grau de jurisdição se encerra com as instâncias ordinárias de primeiro grau e de segundo grau. A partir daí, não tem mais porque falar em duplo grau de jurisdição. Os recursos interpostos, sejam o Especial para o Supremo Tribunal de Justiça ou o Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição e não se destinam mais a análise de fatos e provas. Esses recursos visam simplesmente analisar a respeitabilidade à lei federal no caso do especial e a Constituição Federal no caso do extraordinário (*Idem*, p.851-878). Ou seja, não visam buscar a absolvição do réu, então não há que se falar em impedimento no início da execução da pena. Portanto se os recursos não analisam fatos e provas e não visam a absolvição, o que impede de executar a pena a partir da condenação do segundo grau?

Vale a ressalva da Emenda Constitucional 45 de 2004¹⁴, que passou a exigir como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário que a matéria tivesse repercussão geral, ou seja, é necessário que o recorrente demonstre a ampla repercussão - seja do caráter social, econômico, político, etc. - do seu recurso. Então, na medida em que é

¹⁴ Promulgada em 8/12/2004 e publicada no *Diário Oficial da União* em 31/12/2004.

necessária a demonstração da repercussão geral, significa que o recurso passa a transcender o interesse individual do recorrente. Não se julga um recurso extraordinário somente respaldado no interesse individual do recorrente, mais importante que esse interesse individual é a repercussão geral da matéria, ou seja, que aquela análise do Supremo Tribunal Federal permita corrigir uma afronta à Constituição Federal que repercute *erga omnes*¹⁵ (CAPEZ, 2012, p. 70).

5.2.2 Comparativo com outros países e com as declarações mundiais

Como exposto no capítulo 3 dessa obra, o princípio de presunção de inocência não afeta a execução da pena depois do duplo grau de jurisdição na maior parte dos países. O Código de Processo Penal Brasileiro influi das Escolas Italianas e, por isso, a compreensão do princípio da presunção de inocência em sentido literal é semelhante com o modelo italiano (BENTO, 2007, p. 21).

Entendemos que a princípio da presunção de inocência é a segurança do cidadão em meio a sua vulnerabilidade e é uma das personificações do Estado Democrático de Direito. Contudo, outros países se organizam de forma que torna-se dificultoso utilizar o princípio da presunção de inocência para morosidade processual.

Nesse prisma, evidenciamos o modelo francês como justo ao conciliar princípio da presunção de inocência e a efetividade do processo. No berço histórico do princípio de não-culpabilidade, o acusado não sentenciado, portanto presumido inocente, é posto livre desde que use braceletes eletrônicos. Desse modo, o acusado é impossibilitado de prejudicar provas do crime ou fugas. Ou seja, há o equilíbrio entre o princípio da não culpabilidade e a efetividade do processo, resultando na Justiça como objetivo primordial. Portanto, sob a ótica do Direito Comparado, analisamos que países como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França, Portugal, Espanha e até mesmo na Argentina a execução provisória sempre foi possível e não fere o princípio de presunção de inocência. Além disso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), propõe um estado de neutralidade do acusado até que, em meio a um processo legal, se prove sua culpabilidade (BENTO, 2007, p. 38). Por fim, a suprema Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), assevera:

¹⁵ Que tem efeito ou vale para todos

Art. 11. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

É importante a compreensão do texto, acima de somente ler. Portanto, como mencionado nos Recursos Especiais e Extraordinários, eles não discutem fatos e provas de culpabilidade, somente asseguram que a uniformidade do Direito Constitucional e infraconstitucional em todo território nacional. Dessa maneira, a execução da pena a partir do duplo grau de jurisdição não infringe o princípio da não culpabilidade, pois a partir daí, não se discute fatos e provas.

5.2.3. Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal.

Além dos argumentos supracitados, encontramos Súmulas do Supremo Tribunal Federal em que há garantia de progressão de regime mesmo antes do final do trânsito em julgado. A primeira é a Súmula 716, em que se diz:

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Então, no caso, o réu está preso, mas presumido inocente, e o tempo em que está encarcerado já é suficiente para requerer a progressão de regime (MARQUES, 2013). Então, podemos ver a arbitrariedade no uso do princípio da presunção de inocência, uma vez que no caso da progressão de regime, usar um direito reservado aos culpados não fere o princípio da não culpabilidade, mas executar a pena antes do trânsito em julgado infringe o princípio. Não tem nexos algum. Por que apropriar um direito reservado a um culpado a quem está presumido inocente não interfere no princípio de presunção da inocência?

Salientamos que não estamos elaborando uma crítica a Súmula 716. Nossa pretensão é questionar os motivos dessa Súmula não afetar o princípio da presunção de inocência, mas a execução da pena após o duplo grau de jurisdição ser uma afronta ao princípio. Essa arbitrariedade que desenvolvemos como indagação.

Outra Súmula que merece destaque é a 717, onde lemos:

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Nesse caso a condenação antes do trânsito em julgado não impede para quem está em prisão especial a progressão de regime. O Caso e a crítica são bem semelhante a Súmula 716.

O que nos interessa dessas Súmulas é que elas permitem o início da execução antes do trânsito em julgado, pois permitem a progressão de regime. Ora, se é possível progressão de regime antes do trânsito em julgado, é possível o início da execução da pena antes do trânsito em julgado. Dessa forma, vemos a legitimidade da execução a partir do segundo grau.

5.2.4. Princípio da Proporcionalidade

A partir da Constituição Federal de 1988, os princípios são gerais no processo penal que devem reger todas as normas. Importante notar a distinção entre regra e princípio, na qual a primeira é uma descrição objetiva de uma situação, estatui aquilo que deve ser feito e o que deve ser cumprido; já o princípio é um comando de otimização, é uma determinação para se se atinja uma determinada finalidade. Enquanto a regra é fixa, o princípio é uma diretriz de orientação (CAPEZ, 2012, 366-380).

Consoante as lições de Canotilho,

De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (...) os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos pela Constituição ou com autorização dela (através de lei). (1993, p. 643,656).

Então, defrontamo-nos com o princípio da proporcionalidade que visa a harmonização dos princípios e regras. Para ficar mais claro, Fernando Capez nos possibilita um exemplo acerca do princípio da proporcionalidade:

É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, *o mais importante prevaleça*. Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua

inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”? (2012, 360)

O referenciado princípio pode ser utilizado *pro reo* – como no exemplo exposto – ou *pro societate* (*Idem*, p. 362). O que é interessante para nosso trabalho é seu caráter *pro societate*, pois o princípio da proporcionalidade visa harmonizar o princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade do processo a fim de garantir a Justiça.

Os princípios constitucionais não devem ser executados singularmente e absoluto, ao contrário, para a firmar a Justiça, é necessário que os princípios formem um todo harmônico. Dessa forma, vemos um choque entre o princípio da não culpabilidade e o princípio da efetividade do processo, e, quando esses dois colidem, devem ser harmonizados, um não pode eliminar o outro. A busca desenfreada pela efetivação do processo não pode acabar com a presunção de inocência e a presunção de inocência não pode desestabilizar o processo. Essa harmonização se busca no princípio da proporcionalidade que busca uma relação de custo-benefício. Ou seja, toda vez que crio uma restrição à liberdade, seja pela incriminação de uma conduta, pelo agravamento de uma pena, ou pela eliminação de uma garantia processual, imponho um ônus a sociedade. Em compensação, esse ônus à sociedade deve ser compensado com uma vantagem que dele advenha. Portanto é um contrapeso: o Estado fica mais restritivo quanto a liberdade da sociedade, por outro lado, passa-se a ter uma vantagem que é a proteção dos valores fundamentais que a constituição visa a garantir (CAPEZ, 2012, p. 360-365).

Portanto, o princípio de proporcionalidade “cobra” o Estado a não aceitação de provas ilícitas, a garantia da ampla defesa, do contraditório, ou seja, tem que garantir o princípio da presunção de inocência na medida em que quem acusa é que tem que provas – *in dubio pro reo* -, mas também “cobra” do Estado que garanta os valores que consagra. Temos em vista que o princípio da presunção de inocência vai além de simplesmente executar a pena após o trânsito em julgado, é uma visão medíocre de um princípio que engloba e garante ampla defesa, contraditório, o duplo grau de jurisdição, publicidade do processo, imparcialidade do julgador, proibição dos Tribunais de exceção, ou seja, esse princípio é um comando que exige uma série de regras.

Por fim, apresentados alguns breves comentários acerca das falhas da alteração jurisprudencial de 2009, concluímos que é perfeitamente possível que a partir da condenação em segunda instância com o esgotamento da jurisdição ordinária, o início da execução da pena. E por isso e outros fatores que o voto a ser estudado a seguir é um marco jurisprudencial para a efetivação da justiça.

6 ALTERAÇÃO DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM 2016: A CORREÇÃO DE UMA DISTORÇÃO MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACORDO COM A EVOLUÇÃO SOCIAL.

Como visto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possibilitava óbices a justiça efetiva. Portanto, em 2016, ocorre uma nova alteração levando em consideração os argumentos citados no capítulo anterior.

No dia 17 de fevereiro de 2016, é negado o *Habeas Corpus* 126.292 por sete votos a quatro, resultando num novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofendendo o princípio da não culpabilidade.

O caso deste *Habeas Corpus* refere-se ao ajudante-geral que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado (PEREIRA, 2016). Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão¹⁶. O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. Como esperado, a defesa considerou a decisão uma violação ao princípio da presunção de inocência.

A referida decisão do Supremo Tribunal Federal altera o entendimento da Corte, revogando a decisão de 2009, outrora abordada neste trabalho.

O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, o acusado é presumido inocente até ser promulgada a sentença penal em segunda instância. Então, após o duplo grau de jurisdição, não há argumentos para continuar presumindo a inocência, pois os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Supremo Tribunal Federal ou Supremo Tribunal de Justiça, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito¹⁷.

Os Ministros que votaram em consonância à Zavascki foram Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Os ministros vencidos foram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski que votaram pela inalteração da jurisprudência de 2009.

¹⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>

¹⁷ *Idem*

Isto posto, pontuaremos os principais aspectos do referido voto. É possível vislumbrar alguns argumentos que utilizamos no capítulo anterior para a defesa do presente voto. Além destes, alguns outros incorporam o documento.

6.1 ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP DE 17 DE FEVEREIRO DE 2016¹⁸.

Logo no começo do HC, notamos o princípio da proporcionalidade, em que se alinha o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade jurisdicional:

1. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da
2. realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. . (2016, p.1)

O caráter devolutivo dos Recursos Especiais e Extraordinários são bastante referenciados no voto, porque, como já exposto, não há sentido esses recursos serem empecilhos a execução penal. A princípio, é citado o julgamento do *HC* 68.726, em 28 de junho de 1991 pelo relator Ministro Néri Silveira, em que lemos:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código do Processo Penal 699. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia prevenida, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgados 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 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 caráter devolutivo**. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instancias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandato de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido. (*grifo nosso*). (2016, p.2)

O voto também mostra as diversas ocasiões em que se discutiu princípio da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal e o consenso era de que a execução da pena após duplo grau de jurisdição não afetava tal princípio.

¹⁸ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf> (Acesso em 05/ago/2016)

Em diversas oportunidades, [...] as turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/06/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jovim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DR 12/24/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05;11;2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma; DJ, 10/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994. (2016, p.4)

Assim como em nosso trabalho, as súmulas 716 e 717 são argumentos válidos:

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

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

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (2016, p.5)

No HC 126.292, o princípio de presunção de inocência é mencionado como *in dubio pro reo*, contudo até o duplo grau de jurisdição. Para o relator, a partir da segunda instância, o acusado já é culpado e já houve a revisão da sentença – no duplo grau de jurisdição.

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. (2016, p.5-6)

Após o duplo grau de jurisdição, não se discute mais provas e fatos, somente matéria do direito. Por isso os recursos Especiais e Extraordinários não podem ter caráter suspensivo e, também, não deve ser empecilho a execução penal.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. (2016, p.6)

Ainda, ao final do voto, é novamente explicado acerca dos Recursos, como lemos:

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (2016, p.12)

Para fundamentalizar ainda mais acerca dos Recursos, é exposto uma constatação do Ministro Joaquim Barbosa que comprova o uso dos recursos para fins protelatórios. Assim segue:

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

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, 36 foram **providos**, sendo

que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo.** Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.** (2016, p.13) (grifos do autor).

Além disso, no presente HC, é relatado um caso concreto exposto por Fernando Brandini Borbagalo, em que é possível notar o uso excessivo de recursos, até chegar na prescrição.

[Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015). (2016, p.14)

Segundo citação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o texto do artigo 5º inciso LVII diz somente impõe que não se trate o acusado como culpado até o transito em julgado. O questionamento do Ministro é acerca da palavra culpado, como lemos:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação[...]. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. (2016, p. 7-8)

A Lei Complementar da Ficha Limpa é um ótimo exemplo para provar que há como o acusado sofrer condenações antes do fim do trânsito em julgado.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. (2016, p. 8)

O direito comparado é utilizado para comprovar o que a Ministra Ellen Gracie disse e foi reproduzido no voto:

Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. (2016, p. 8-9).

No voto, é exposto sucintamente o princípio da presunção de inocência na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, fundamentados nos estudos de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Monica Nicida Garcia e Fábio Gusman. No presente trabalho, já estudamos como se aplica o princípio da não culpabilidade nesses países e está em consonância com o voto. Disto podemos concluir que há outras alternativas que conseguem harmonizar o princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade do processo, exceto no Brasil devido a alteração da jurisprudência de 2009.

O princípio da proporcionalidade, ou seja, a harmonização dos princípios de efetividade do processo e o da não culpabilidade são citados como uma forma de conclusão geral do voto. Assim está escrito:

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (2016, p. 15)

Os favoráveis a jurisdição de 2009, sempre utilizam como argumento os possíveis erros que o STF ou o STJ possam cometer, resultando em inocentes sendo aprisionados. Para isto, é inserido no voto um parágrafo rebatendo essas críticas:

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. (2016, p. 16)

Apresentadas as devidas constatações, encerra-se o voto:

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

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a conseqüente revogação da liminar concedida. É o voto. (2016, p. 16) (grifos do autor)

Destarte, o voto está quase inteiramente inserido neste capítulo e separado por temas. Nesse prisma, numa breve comparação com o voto de 2009, vemos o quão bem estruturado o presente texto está. Uma vasta gama de argumentos é utilizada para defender a alteração da jurisprudência.

CONCLUSÃO

Desde as primeiras vezes em que foi escrito, o princípio da presunção de inocência gera debates por se tratar de um tema complexo e, algumas vezes, escrito de forma muito sucinta, como é o caso do texto da nossa Constituição Federal.

O princípio procede do *in dubio pro reo* que prevê a “inexistência de uma avaliação equivocada do cidadão que é submetido a uma investigação policial ou de instrução criminal” (BENTO, 2007, p.15).

A partir de então, vemos que o princípio de presunção de inocência foi decretado para que se cessassem as torturas e abusos de poder. O que não se esperava é que esse princípio pudesse ser usurpado por culpados para manobras de morosidade processual.

A excessiva demora na execução da pena através da exigência de se aguardar o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial trouxe como consequência o alargamento abusivo de recursos protelatórios. Recursos que visam somente a postergar indefinidamente – por até 10, 15 anos – o momento da execução da pena.

O princípio da não culpabilidade não implica somente no aguardo do trânsito em julgado para executar a pena. O princípio vai além, deseja que o ônus da prova incuba a quem acuse, ou seja, quem está acusando que deve demonstrar a culpabilidade, portanto *in dubio pro reo* (KARAM, 2009, p.21). Também deseja que não seja confundida na mesma pessoa aquele que vai acusar e o que vai julgar. Ainda, garante que não pode ser utilizadas provas ilícitas, tem que se garantir ampla defesa, contraditório, o duplo grau de jurisdição, publicidade do processo, imparcialidade do julgador, proibi os Tribunais de exceção. Enfim, esse princípio é um comando que exige uma série de regras. E, como todo princípio, ele não tem caráter absoluto (GOMES, 2005).

Quando consideramos o princípio da presunção de inocência como simplesmente a garantia de liberdade até o fim do trânsito em julgado, deixamos a eficácia do processo fragilizada. Além disso e dos demais fatores que já foram apresentados no trabalho, há uma maior seletividade dos processos, pois no momento em que aquele que tem melhores advogados e melhores condições financeiras de arcar com sua defesa podem elaborar a estratégia de protelar ao máximo a efetividade, ocasionando um desequilíbrio social entre os réus mais favorecidos e menos favorecidos. Ademais, o que se discute no artigo 5º inciso 57 é o que se pode considerar da palavra “culpado”. Basicamente, ao nosso entendimento, se considerar culpado está relacionando com a análise de fatos e

provas e não se refere a alguém que sofreu uma análise de mérito em primeiro grau, uma segunda análise de mérito em segundo grau e não terá como analisar mais os fatos a partir do Recurso extraordinário e nem especial.

Todos esses fatores geram uma desconfiança com a justiça, que demora em solucionar os casos e executar a pena, causando na social um desemparo jurisdicional, levando no descrédito com a justiça. Como diz Oscar Vilhena Vieira,

O Brasil padece de um sério problema de efetividade de seu sistema normativo. A generosidade de nossa Constituição e diversos outros diplomas legais no reconhecimento de direitos contrasta com a violação e o desrespeito sistemático destes mesmos direitos por parte do Estado, em relação a determinadas parcelas da população, assim como pelas próprias pessoas em suas relações intersubjetivas. Nesse sentido, não seria incorreto afirmar que temos um Estado de Direito bastante frágil, onde a vontade da lei não tem servido, muitas vezes, como uma razão suficientemente forte para balizar as ações individuais e a conduta estatal. (2004, p. 196).

A Constituição Federal pode – e deve – se alterar com o passar dos anos, para que se alinhe as necessidades e realidades da sociedade. Sob esse prisma, em 2016, por sete votos a quatro, passou-se a interpretar que a execução provisória da pena a partir da condenação de segundo grau não afronta o princípio da presunção de inocência.

Recentemente, o ministro Celso de Mello a julgar o HC 135.100/MG, voltou a mudar esse entendimento¹⁹. Dizendo que o que foi decidido pelo STF não tem caráter vinculante de maneira que cada um deve continuar a decidir segundo seu entendimento.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foi contra essa alteração, alegando que infringe o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal²⁰. O Ministro Lewandowski, no dia 27 de julho de 2016, derrubou o voto do Ministro Teori suspendeu a execução penal imposta a um prefeito do Pernambuco. Segundo o ministro, a decisão judicial não possui qualquer eficácia vinculante²¹. No dia 4 de agosto de 2016, o Ministro Edson Fachin revoga essa decisão e prende o prefeito novamente²². A discussão orbita o tema, e podemos notar o caráter mercantil de algumas defesas, enquanto outras visam a Justiça.

Entendemos que quando se elabora uma lei, regra ou princípio é absolutamente impossível ao legislador antever toda a multiplicidade de situações diferentes em que

¹⁹ Cf. < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc135100.pdf>>

²⁰ Cf. < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-20/oab-supremo-suspenda-prisoos-antes-transito-julgado>>

²¹ Disponível em < [http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI243023,31047-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI243023,31047-Lewandowski+diz+que+decisao+do+plenario+nao+tem+efeito+vinculante+e)

Lewandowski+diz+que+decisao+do+plenario+nao+tem+efeito+vinculante+e> Acesso em 30 jul 2016

²² Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI243425,101048-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI243425,101048-Fachin+revoga+decisao+de+Lewandowski+e+determina+execucao+de+pena)

Fachin+revoga+decisao+de+Lewandowski+e+determina+execucao+de+pena Acesso em 30 jul 2016

essa regra ou princípio vai ser implicada e vão incidir. Por esta razão, o melhor é deixar ao julgador com uma certa margem de discricionariedade em cada caso concreto analisar qual é a situação. O que chegamos à conclusão é que existe uma recomendação geral razoável de que a partir da condenação de segundo grau, como o recurso especial e extraordinário não tem efeito suspensivo, é razoável que se inicie a execução da pena, porém isso não pode ser uma regra fixa/intransponível devendo ser analisada em cada caso concreto se essa execução provisória da pena seria danosa. Portanto, vale como uma orientação geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11ª ed. Rio De Janeiro: Forense, 2007.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.
- BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.
- BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 20 de julho de 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Os temas fundamentais do direito processual civil. In: _____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil. Vol.1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 249-441.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ªed. Lisboa: Almedina, 2002
- _____. **Direito Constitucional**. 6ªed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CASTILHO, Ricardo. O Pacto de San José da Costa Rica. In: **Direitos Humanos**: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva 2010.
- CASTRO, Leonardo. Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva e Prisão Temporária – Distinções. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes>. Acesso em 20 de julho de 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ªed. Saraiva, 2012.
- CUNHA, José Sebastião Fagundes; BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal a Luz do Pacto de São João da Costa Rica**: a vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro: dec. 678-92. Curitiba: Juruá, 1997.
- DELGADO, Yordan Moreira. Impossibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória à luz das recentes decisões do STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano

14, n. 2095, 27 mar. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12542>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DINIZ, Laura. **Justiça Federal em SP determina “imediata prisão” do ex-senador Luiz Estevão**. Jota. 7 de março de 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/justica-federal-em-sp-determina-imediata-prisao-do-ex-senador-luiz-estevao>>. Acesso em 29 jul de 2016.

DONIZETTE, Elpídio. Poder, dever e atividade de compor litígios, acauteladas e realizar direitos: a Jurisdição - Arts. 1º e 2º. In: _____. **Curso didático de direito processual civil**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão Temporária e “Fermo”: estudo comparativo. **Justitia**. São Paulo, jan/mar 1992.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Recorrer aos Tribunais Superiores em liberdade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 05 de fevereiro de 2009.

_____. GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios> >. Acesso em: 19 jul 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. **A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55363&seo=1>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MAFRA, Francisco. **O Direito e a Justiça**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n.20, fev. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>. Acesso em 08 jun. 2016.

MARQUES, Ivan Luís. **Súmula 716/STF**. 2013. Disponível em: <<http://ivanluismarques2.jusbrasil.com.br/artigos/121816135/sumula-716-stf>>.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Prisão após acórdão de apelação: decisão histórica do STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4619, 23 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46724>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. CARDOSO, Aline Almeida. **O julgamento pelo STF do HC 84.078-7: uma exegese à luz da análise crítica do discurso**. Aracaju: Evocati Revista n. 41, maio 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: < <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf> > Acesso em: 09 jun. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22ªed. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> Acesso em 16 de julho de 2016.

_____. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>.

TONINI, Paolo. **A prova no Processo Penal Italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VEJA. **Rede de escândalos: Luiz Estevão**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/infograficos/rede-escandalos/perfil/luiz-estevao.shtml>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Que reforma?** Estudos Avançados 18 (51),

VILAR, Eduardo Franco. **Filosofia do Direito e da Justiça**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 jun. 2011. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32714&seo=1>>. Acesso em: 14 jun. 2016.